

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
LA FAILLITE
EN DROIT MUSULMAN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 3 juin 1913, à 3 heures

PAR

René BOUVET

Président : M. LESEUR, Professeur

Suffragants { *MM. PIÉDELIEVRE, Professeur*
ALLIX, Agrégé

PARIS (Ve)

V. GIARD & BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

8, rue Soufflot et 12, rue Toullier

—
1913

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

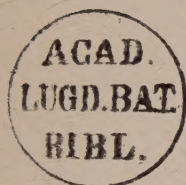
DE
LA FAILLITE
EN DROIT MUSULMAN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 3 juin 1913, à 3 heures

PAR

René BOUVET



Président : M. LESEUR, Professeur

Suffragants { *MM. PIÉDELIÈVRE, Professeur*
ALLIX, Agrégé

PARIS (V^e)

V. GIARD & BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

8, rue Soufflot et 12, rue Toullier

1913

DE LA FAILLITE

EN DROIT MUSULMAN

INTRODUCTION

Le droit musulman passe communément pour un droit divin; c'est là une observation qui est trop générale, car elle n'est qu'en partie exacte. Certes, le Coran, que Dieu a révélé aux hommes par l'intermédiaire de Mahomet, est la base fondamentale de la loi de l'Islam, et la majorité des prescriptions obligatoires pour les musulmans y est contenue ou tout au moins en provient. On doit encore reconnaître un caractère religieux à toutes les dispositions que les jurisconsultes postérieurs ont établies d'après les hadits ou récits des actes de Mahomet, car la volonté divine conduisait le prophète dans tous ses moindres actes.

Mais, si le droit musulman avait été seulement un droit divin, par suite de son origine, il aurait dû être immuable et complet, cependant il fut bientôt évident

aux yeux de tous qu'il devenait insuffisant à mesure que l'Islam se répandait dans de nouveaux pays, qu'il ne répondait plus aux besoins nouveaux.

La conquête des Arabes avait été rapide, et les peuples, qu'ils soumettaient, embrassaient tous cette nouvelle religion. Mais les besoins de ces peuples divers, vivant dans des contrées privilégiées et ayant été en contact avec des civilisations plus avancées, différaient de ceux des habitants de l'Hidjaz. Or, pour que les règles d'une législation soient strictement suivies, il faut que celle-ci soit appropriée au degré de civilisation et à l'état social des individus qu'elle doit régir. Aussi, verrons-nous se former rapidement à côté du droit religieux un autre droit d'origine séculière, résultat des nouvelles conditions économiques. Ce droit nouveau sera constitué par les décisions de jurisconsultes éminents, par les ordonnances des souverains ou qanouns, et il aura pour but de régler des situations jusqu'alors inconnues.

Mais tout ce droit nouveau fut l'œuvre d'une évolution encore assez lente. Au début, les magistrats, qui étaient investis de l'autorité judiciaire par délégation du khalife, rendaient leurs sentences d'après l'équité ou d'après l'opinion de savants réputés, lorsque la loi était muette ou par trop insuffisante. Puis les cadis imitant leurs prédécesseurs, il arriva que, pour les mêmes différends, la solution ne changea

plus ; et ainsi, sous l'influence de la jurisprudence ou de la doctrine, se constituèrent des coutumes qui finirent par s'imposer.

Cette manière d'opérer était d'ailleurs tout à fait légale, Mahomet ayant reconnu l'autorité de la coutume ; même beaucoup de coutumes antéislamiques, que le Prophète n'avait pas abrogées, continuèrent à être appliquées.

Cette législation, par suite des conditions dans lesquelles elle s'est élaborée, se caractérisera par sa simplicité et son sens pratique. Il est vrai que ce sont là des qualités qu'on doit reconnaître à tout le droit musulman ; c'est en vain que l'on y rechercherait des traces de symbolisme ou de formalisme. Sans doute pour certains contrats, dont les conséquences sont très importantes, comme la constitution de habous, l'affranchissement, la société, le droit musulman exige que les déclarations des parties soient très nettes et précises, mais il n'y a pas de phrases sacramentelles. Nous ne trouvons pas davantage trace de procédés semblables au prêt *per aes et libram*, à la *mancipatio* ; une volonté librement consentie par une personne capable suffit pour faire naître un droit. Cette simplicité, dont sont empreints la religion et le droit musulmans, fut d'ailleurs une cause du merveilleux essor de l'islamisme, qui s'adressait à des peuples simples, qui n'auraient pas pu s'accommoder de conceptions subtiles.

Si l'on considère maintenant à quelles matières s'applique le nouveau droit séculier, dont nous avons parlé, on remarque que son domaine concerne principalement les obligations et les droits réels, qu'il s'agisse de leur formation ou de leur extinction. Aussi, nous semble-t-il que c'est à lui surtout que nous devons rattacher l'institution de la faillite, dont nous nous proposons de nous occuper.

Sans doute, nous trouverons dans cette matière l'application de quelques principes d'origine essentiellement coranique, que la raison de l'homme était impuissante à détruire, mais ils visent souvent ces hypothèses assez irréalisables, que les jurisconsultes musulmans aiment tant rechercher. Il n'en reste pas moins vrai que l'ensemble des mesures que le créancier devra employer contre un débiteur négligent ou insolvable, reste en grande partie l'œuvre des jurisconsultes postérieurs à Mahomet. Pour nous en persuader, il suffit de rechercher dans le Coran ou dans la Sounna ce qui peut se rapporter à notre sujet. Or, nous n'y trouvons pour ainsi dire rien concernant les droits du créancier contre son débiteur récalcitrant, car nous ne pouvons considérer comme des règles de droit les préceptes de morale ayant trait aux débiteurs.

On peut, en effet, résumer les déclarations du Prophète dans cet enseignement humanitaire : « Si vous avez des débiteurs, qui soient dans la gêne,

patientez, soyez bons pour eux et en faisant ainsi vous plairez à Dieu. Si vous leur faite remise de leurs dettes, Dieu saura vous en tenir compte plus tard. Mais cependant agissez avec sévérité contre celui qui est de mauvaise foi, car son retard et son refus de payer sont criminels ; pour lui la justice humaine ne doit pas être plus clémente que celle de Dieu. »

Cependant l'inexécution par les débiteurs de leurs engagements entraîne des conséquences très importantes, elle empêche toute vie en commun, tout commerce ; aussi le législateur devait-il se préoccuper de faire respecter les droits des créanciers.

Lorsqu'un individu ne satisfait pas aux obligations auxquelles il est tenu, cela peut provenir de deux causes : ou bien c'est seulement le fait d'un mauvais vouloir de sa part, ou bien, et c'est le cas le plus commun, c'est le résultat de son insolvabilité. Or, si l'on peut lutter contre une volonté rebelle, si un gouvernement bien établi peut la contraindre à s'exécuter, il n'en est plus de même dans la seconde hypothèse. Si le débiteur possède encore quelques biens, ceux-ci ne pourront suffire à payer intégralement tous les créanciers ; mais, dans ce cas, il semble équitable que la perte soit répartie également entre tous les créanciers, proportionnellement à leurs créances. Telle sera la solution de la faillite musulmane ou tefliss.

Dans les sociétés primitives, les choses étaient beaucoup plus simples, les moyens plus expéditifs ; quand un débiteur ne fournissait pas la prestation promise, son créancier pouvait se faire justice lui-même ; ainsi le défaut de paiement donnait lieu à des voies de fait. Ceci nous explique pourquoi nous voyons prédominer dans les législations primitives les sanctions de droit pénal. Pour permettre au créancier de satisfaire son ressentiment, on lui remettait la personne de son débiteur insolvable, pour qu'il puisse se livrer sur lui à des services corporels, tel était le but de la *manus injectio* du droit romain. Ce droit de vengeance pouvait même aller jusqu'à la mort, et on sait qu'à Rome, lorsqu'il y avait plusieurs créanciers, ceux-ci se partageaient le cadavre de leur débiteur ; puis on ne reconnut plus au créancier que le droit de vendre son débiteur comme esclave ; ce châtiment trouvé lui-même trop cruel, fut alors remplacé par l'emprisonnement, qui plus tard fit également place à l'exécution sur les biens.

Mais tandis qu'à Rome, avec la *missio in possessionem* et dans le droit musulman avec la *tefliss*, cette évolution aboutissait à une procédure d'ensemble portant sur tous les biens, chez les autres peuples elle aboutissait seulement à la procédure individuelle de la saisie. Cependant la législation musulmane connaît également cette voie d'exécution, à laquelle elle a

surtout recours quand on est en présence d'un débiteur de mauvaise volonté. Ainsi, la saisie arabe sera pour le juge le moyen de faire exécuter ses décisions. Il semble que dans la législation primitive des Arabes, elle ait été d'un usage plus fréquent; le créancier pouvait en effet saisir de sa propre autorité un bien du débiteur. D'après MM. Hanoteau et Letourneux (1), cet usage se pratiquerait encore en Kabylie. Ils nous disent à propos du gage que « le créancier, sans encourir de blâme, peut mettre la main sur un objet appartenant à son débiteur et le retenir jusqu'au paiement. On a même vu des Kabyles enlever le fils de leur débiteur pour le forcer à s'exécuter ».

Quoique l'usage de la saisie soit assez fréquent en droit musulman, nous n'envisagerons au point de vue de l'exécution sur les biens que la procédure d'ensemble.

Dans leurs ouvrages, les auteurs musulmans ont rattaché la matière de la faillite à celle beaucoup plus importante de l'interdiction. Ce rapprochement se justifie par ce fait que le débiteur une fois déclaré failli ou mofliss deviendra incapable à l'égard de son patrimoine. Ainsi sa situation et celle du mineur, par exemple, pourront présenter de nombreuses ressemblances. Cependant, la cause des mesures prises à leur égard n'est pas du tout la même;

1. V. Hanoteau et Letourneux, *la Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, p. 357.

dans le cas de faillite, la loi édicte des dispositions pour dépouiller le débiteur de ses biens, afin de les distribuer à ses créanciers, tandis que dans le cas de tutelle d'un mineur elle cherche à les conserver aussi intacts que possible à leur propriétaire. Ainsi, d'une part, l'interdiction est une mesure prise en faveur de l'interdit, et, d'autre part, elle est ordonnée par méfiance pour lui.

Beaucoup d'auteurs modernes ont fait un reproche à l'étude de la faillite en droit musulman, c'est de n'offrir qu'un intérêt assez relatif. Mais il y a lieu de faire remarquer que cette institution est encore suivie dans de nombreux pays, auxquels nous sommes liés par de nombreux intérêts. Certes, depuis le décret du 17 avril 1889, la législation française des obligations est applicable aux musulmans de l'Algérie, qui ne sont plus soumis à la législation musulmane que pour les matières concernant le statut personnel et les successions. Mais même dans ce pays, dans les territoires de commandement, le cadi juge encore, d'après la loi musulmane, toutes les questions civiles et commerciales nées par les rapports des créanciers musulmans entre eux ; ainsi, il peut y avoir lieu à l'application de la procédure de la faillite. De plus, il n'est pas sans intérêt pour nous de connaître les sources auxquelles ont puisé les nouvelles législations tunisienne, égyptienne et turque ; or, dans notre matière, celles-ci n'ont guère fait que rajeunir

et compléter par des emprunts à notre droit commercial l'ancienne institution de la tefliss. Telle devra être également la tâche de ceux qui auront pour mission de donner au Maroc une législation plus précise et adéquate aux nouveaux besoins de ce peuple.

CHAPITRE PREMIER

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS

Comme toutes les législations anciennes, la législation musulmane a recours à la contrainte par corps contre le débiteur, qui n'exécute pas ses obligations ; mais cette mesure ne peut résulter que d'une décision judiciaire.

Quand un créancier aura réclamé vainement son paiement d'une façon amiable, il pourra demander au juge que son débiteur soit emprisonné. En vertu de son autorité morale et religieuse, et avant que de recourir à la discussion des biens du débiteur, le cadi ordonnera la prise de corps contre lui. C'est un devoir religieux pour le musulman que de payer ses dettes et ainsi cet individu est coupable, il est même parjure, aussi le cadi a-t-il le droit de le châtier.

A ce propos, les hadits nous apprennent que Mahomet demandait souvent à Dieu de le préserver des dettes. Comme ses disciples lui demandaient pourquoi il adressait souvent cette prière à Dieu, il

leur répondit : « L'homme qui fait des dettes, parle et ment, il fait des promesses et ne les tient pas (1). » « Quant au débiteur, ajoutait-il, qui a les moyens et dont le refus provient d'un mauvais vouloir, celui-là commet une iniquité. » Contre ce dernier le juge ne saurait se montrer assez sévère, et la prison ne suffisant pas, il pourra ordonner qu'il soit battu. La bastonnade aura lieu en assemblée, et le juge décidera lui-même du nombre de coups à donner.

Cependant les jurisconsultes musulmans n'ont pas vu seulement dans l'emprisonnement un châtimement, ils ont compris que c'était aussi un moyen merveilleux pour contraindre le débiteur à s'exécuter. Aussi le nombre n'est pas grand de ceux qui, pouvant remplir leurs engagements, se laissent incarcérer, car pour eux la prison serait perpétuelle. La plupart des détenus sont donc des gens qui sont dans l'impossibilité de donner satisfaction à leurs créanciers. Or, ils ne pourront être relâchés que s'ils peuvent fournir une caution, s'ils font une cession générale de leurs biens à leurs créanciers, s'ils viennent à être déclarés faillis ou enfin s'ils prouvent eux-mêmes leur insolvabilité.

Le premier procédé sera employé par le débiteur dont la gêne n'est que momentanée, mais dont le créancier n'a pas consenti à lui accorder un sursis

1. *El. Bokhari*, traduction Houdas, t. II, chap. X, p. 117.

pour réaliser ses biens. Les musulmans, par suite du sentiment de solidarité très vif chez eux, trouvent facilement des cautions, et ainsi le débiteur pourra peut-être, à l'expiration du délai demandé et accordé par le juge, exécuter son obligation. Généralement cette caution ne s'engage pas à payer à la place du débiteur principal, son obligation consiste seulement à répondre de la comparution du défendeur ; aussi si celui-ci se présente devant le cadi au jour fixé, elle sera libérée ; autrement elle deviendrait obligée envers le créancier au lieu et place du débiteur principal, et elle devrait payer alors même qu'elle pourrait établir l'indigence de ce dernier. Mais le juge devra refuser ce bénéfice à l'individu qu'on saura avoir des ressources, comme des valeurs en numéraire, lui permettant de s'exécuter sur le champ. Le traitement sera le même pour celui qu'on soupçonne de tenir cachées des valeurs ou qui est suspect, comme, par exemple, celui dont la mise est recherchée et qui possède une nombreuse domesticité.

La contrainte par corps, avons-nous dit, cesse également par suite de l'insolvabilité du débiteur, mais celui-ci sera détenu jusqu'à ce qu'il ait prouvé ce fait. Ebn Acem nous explique la manière pour un débiteur de prouver son insolvabilité (1). « Tout

1. Ebn Acem. *La Tohfât*, traduct. Houdas et Martel, vers. 1444 et suivants.

débiteur, nous dit-il, est présumé solvable, s'il ne peut payer, il devra donc établir son insolvabilité. C'est par l'attestation de témoins que sera établie la gêne ou l'indigence du débiteur, et on ne saurait dans les deux cas, le dispenser d'un serment... » D'après M. Houdas, dans leurs déclarations, les témoins n'attesteront pas que le débiteur est gêné ou indigent, mais que, du moins à leur connaissance, telle est sa situation ; pour compléter cette preuve, le serment sera déféré au débiteur, qui devra jurer qu' « à sa connaissance il n'est propriétaire d'aucun bien apparent ou caché » et qu'il s'engage à payer son créancier, s'il vient à meilleure fortune. Dans son serment, on n'exige pas de l'insolvable une affirmation absolue, car il pourrait, à son insu, être parjure ; mais celui qui refusera de prêter le serment « sera condamné à une prison perpétuelle ». Sidi Khelil et son commentateur, El Kharchi, nous donnent de nombreux renseignements sur la valeur que l'on doit accorder aux témoignages. Quand ceux-ci seront contradictoires, on préférera la déclaration assurant que le débiteur peut payer, si elle en donne les raisons ; sinon on ajoutera foi à celle attestant la négative, bien que cette dernière ne s'appuie pas sur des faits. Quant à la perquisition chez le débiteur, il n'y a pas accord entre les auteurs ; en général ceux de l'école malékite, et parmi eux Ebn Acem, prétendent qu'elle ne peut être ordonnée ; cependant

l'école de Tolède, Taoudi et Tasoulin'y voient aucun inconvénient (1). Quant au débiteur dont on ne connaît pas les ressources, il sera mis en liberté après un certain temps d'épreuve, car jusque-là on présume qu'il cache ses biens.

Pour la détermination de cet emprisonnement, on devra faire intervenir divers facteurs, comme le montant de la dette, la situation sociale du débiteur, son âge, sa santé. Ebn Acem cherche à donner une évaluation plus précise, d'après lui la détention sera d'un demi-mois pour une dette minime, de deux mois pour une dette moyenne et de quatre mois pour une somme considérable. D'après Mouradja d'Ohsson (2) ce pouvoir arbitraire ne serait pas non plus accordé au juge, et l'emprisonnement ne saurait être supérieur à trois mois, mais à sa sortie de prison le débiteur ne serait pas complètement libéré et ses créanciers pourraient toujours l'observer et même le contraindre à leur céder ses profits journaliers, à l'exception de ce qui est nécessaire pour sa subsistance. Ce droit de surveillance ne prendrait fin que si le débiteur était rendu à la liberté à la suite d'une déclaration de faillite.

Quand ce débiteur, pour éviter des poursuites,

1. Rapport de M. Santillana. Code civil et commercial tunisien. Avant-projet discuté et adopté par la commission, p. 784.

2. Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'empire ottoman*, P. 104.

aura, devant le juge ou par un accord avec ses créanciers, fait une cession générale au profit de tous ceux-ci, le cadi devra ordonner qu'il soit relâché. Il en serait de même si les créanciers obtenaient l'envoi en possession des biens de leur débiteur à la suite d'un jugement de déclaration de faillite. Ces deux solutions sont, en effet, semblables au cas d'insolvabilité prouvée par le débiteur ; celui-ci est toujours dépouillé de ses biens et se trouve dans l'indigence.

La prison pour dettes existe contre tous les débiteurs, hommes libres ou esclaves, autorisés par leur patron à faire du commerce, femmes ou enfants. La femme ne devra pas être détenue dans la prison des hommes, elle sera gardée par une femme « sûre, honnête et autant que possible n'ayant pas de mari ».

Les liens de parenté ne mettent pas non plus obstacle à cet emprisonnement. Mais si le père peut toujours demander la détention de son fils, celui-ci, par respect pour son père, n'est généralement pas admis à réclamer l'emprisonnement de celui à qui il doit la vie. « Cependant, nous dit Malek, je ne serais pas injuste envers l'enfant pour favoriser le père. Ce serait donc au juge de décider, suivant les cas, la solution, et il pourra alors avoir recours à l'emprisonnement, aux coups ou à toute autre peine correctionnelle, car personne, même pas les parents ne doit transgresser le précepte divin, qui ordonne à l'homme de respecter la propriété d'autrui ». Quant à la

femme, lorsque le mari n'exécute pas les obligations que le mariage a mises à sa charge, elle sera toujours admise à demander son emprisonnement.

Le régime pénitencier auxquels seront soumis les débiteurs récalcitrants est moins sévère que celui des prisonniers de droit commun, bien que la détention soit subie dans le même local. Sidi Khelil nous apprend que lorsque des parents, père, fils, frères devront être détenus, on ne les séparera pas ; de même on laissera ensemble le mari et la femme, qui ont encouru cette peine, si la prison le permet ; on ne les mettra à part que s'il y a d'autres prisonniers. Le détenu pourra recevoir, dans sa prison, les visites de ses parents, amis, et même de sa femme, mais celle-ci ne pourra passer la nuit avec son mari, car la prison doit être pour lui un état de gêne, de privation. Enfin, s'il trouve une caution répondant de sa personne, le juge pourra l'autoriser à sortir de sa prison pour des motifs graves, par exemple, pour aller au chevet de ses parents malades, pour assister aux funérailles de ses morts ; mais ces sorties, motivées par des raisons majeures, seront de courte durée. Ne serait pas considéré comme suffisant le désir d'aller à la mosquée assister à la prière solennelle du vendredi ou des deux grandes fêtes.

Il est permis au prisonnier de se faire apporter des provisions ; sinon les frais nécessités par sa détention sont supportés par le créancier, qui a

requis cette peine ; celui-ci devra verser au cadi la pension de son débiteur et malgré cela il ne pourra pas le contraindre à travailler, car la seule peine, qu'il peut lui infliger est la privation de sa liberté. Cependant le créancier serait recevable à demander le remboursement de cette dépense, si son débiteur était solvable, et elle viendrait s'ajouter au principal.

Dans notre ancien droit, héritier du droit romain, la contrainte par corps était bien aussi un procédé pratique pour forcer le débiteur à s'exécuter, lorsque celui-ci était en état de le faire, mais ce n'était là qu'un effet secondaire. Car, dans ces législations, la détention avait pour but de mettre en lieu sûr la personne du débiteur, qui était devenu le gage de son créancier et sur lequel il pouvait se payer en le faisant vendre comme esclave ou plus tard en l'obligeant à travailler. Mahomet avait mis fin à ces procédés autrefois en usage ; aussi l'emprisonnement pour dettes dans le droit musulman ne pouvait être qu'un moyen de coercition. Aussi par suite de cette conception, quand un débiteur sera insolvable, le cadi devra ordonner que celui-ci soit remis en liberté. Comme on le voit, c'est donc une idée tout à fait différente de celle du droit romain, qui a présidé, dans le droit musulman, à l'établissement de cette institution.

M. Durieu de Leyritz (1), dans une étude, qu'il a

1. *Revue algérienne et tunisienne*, année 1895. — Durieu de Leyritz, *la Contrainte par corps en droit musulman*, p. 271 et suiv.

consacrée à cette matière, estime que nous devrions conserver cette mesure en Algérie pour l'exécution des jugements rendus en matière musulmane, car elle répond à une nécessité de l'organisation des mœurs sociales des musulmans, chez lesquels le détournement de valeurs est très facile, et aussi très pratiqué.

CHAPITRE II

DE L'ÉTAT QUI PRÉCÈDE LA DÉCLARATION DE FAILLITE

Bien qu'en principe la faillite ne puisse produire d'effets juridiques que lorsqu'un jugement est intervenu, la loi musulmane permet, cependant, à tout créancier même à terme, d'interdire certains actes à son débiteur, qu'il sait avoir un passif supérieur à son actif.

Ces interdictions ont pour but d'empêcher le débiteur d'aggraver sa situation financière et ainsi de porter préjudice à ses créanciers. Elles ont donc pour objet de conserver le patrimoine du débiteur à ses créanciers ; or ceux-ci obtiendraient un résultat identique en faisant prononcer la faillite de leur obligé ; puisqu'il en résultera pour celui-ci une interdiction à l'égard de son patrimoine ; mais on comprend qu'aussi rapide que soit cette procédure en droit musulman, elle nécessitera encore des enquêtes, des citations de témoins, et pendant ce laps de

temps, l'insolvable pourra encore augmenter son déficit ; c'est pour parer à ce danger que la loi musulmane a permis aux créanciers de s'opposer à certains actes de leur débiteur.

Mais ces interdictions pourront avoir un autre avantage. Le créancier opposant peut, en effet, consentir à ne pas demander immédiatement la faillite de son débiteur, espérant que celui-ci pourra revenir à meilleure fortune, s'il conserve son commerce, s'il possède un patrimoine qu'il peut faire fructifier ; mais, cependant, il entend conserver son gage et pouvoir empêcher à son débiteur certains actes, qui ne feraient que l'appauvrir ou qui avantageraient certains créanciers.

Si malgré la défense, qui lui en aura été faite, le débiteur accomplit l'acte contre lequel s'est élevé son créancier, celui-ci pourra en demander la nullité. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il y ait une demande en justice, car l'acte n'est pas nul de plein droit, mais seulement annulable.

Il existe ainsi en droit musulman, antérieurement à la faillite, une période, qu'on peut appeler en quelque sorte suspecte, pendant laquelle le débiteur insolvable ne conserve plus une complète liberté d'action.

Les auteurs musulmans et entre autres le commentateur El Kharchi nous donne une liste fort détaillée des défenses qui peuvent être faites à l'insolvable.

En premier lieu vient le groupe des aliénations à titre gratuit ; on comprend aisément que la loi ne permette à un individu de ne faire des libéralités qu'autant qu'il se sera libéré de ses dettes. « Au débiteur, nous dit Kharchi ; il est défendu de se dépouiller d'une manière non obligée, comme par affranchissement, aumône ou par des actes semblables à ceux-ci ». Bien que cet auteur ne mentionne pas ici la constitution d'habous, cette opération est cependant nulle de la part de tout débiteur, et quels qu'en soient les bénéficiaires ; elle ne pourra être maintenue que si le constituant se libère de ses obligations. Le droit musulman comprend encore parmi les actes de cette nature le prêt et le cautionnement ; en effet, bien que l'insolvable ne donne rien, il court cependant le risque, soit de ne pas être remboursé, soit d'être forcé de payer à la place du débiteur principal ; aussi ces actes, que les musulmans accomplissent par solidarité, sont-ils regardés par les auteurs comme des actes éminemment gratuits.

Tant que l'interdiction n'est pas prononcée, le paiement fait par un insolvable à son créancier est valable, mais à cela il y a une condition c'est que la dette ne soit pas à terme, sans quoi les autres créanciers pourraient s'opposer à ce paiement. Un créancier peut aussi défendre à son débiteur de faire une cession générale de ses biens à quelques-uns de

ses créanciers, alors même que leurs créances seraient échues ; mais rien ne l'empêche de leur faire une cession qui ne portera que sur quelques biens.

D'après certains jurisconsultes comme Lakhmi, dont la sentence semble préférable à Kharchi, on doit également repousser l'aveu d'une dette que pourrait faire le débiteur en faveur de certaines personnes qu'il y a lieu de considérer comme suspectes ; tels sont par exemple le père et la mère, les femmes, les frères et les sœurs, en un mot tous ses proches parents.

Mais ne pourrait-on voir dans cet empêchement une application de l'action paulienne, qui, on le sait, a pour but d'éviter que le débiteur ne commette des fraudes à l'égard de ses créanciers, en faisant avec des personnes complices des actes qu'il sait devoir l'appauvrir. Il semble bien que c'est ce danger que le droit musulman désire écarter ainsi ; en effet les parents sont, en pareil cas, des personnes qu'on peut considérer *a priori* comme complices et Khalil a bien soin d'ajouter pour toute cette série d'interdiction que « les actes ainsi défendus sont ceux qui appauvrissent le débiteur ».

Il nous semble un peu bizarre de voir le créancier pouvoir mettre obstacle au départ de son débiteur, si la dette est exigible ou si elle le deviendra pendant l'absence.

Sans doute, on veut empêcher l'insolvable de faire des dépenses inutiles ; mais on peut également y voir une autre raison, c'est aussi une mesure de précaution ; les jurisconsultes musulmans ont craint que ce voyage ne soit un moyen d'éviter les poursuites ou encore que le débiteur ne cherche à s'enfuir avec ses biens. Ce qui nous incite à émettre ce jugement, c'est que Kharchi ajoute que le débiteur peut entreprendre un voyage, s'il laisse une caution solvable ou des biens apparents ; en effet, dans ce dernier cas, le créancier pourrait obtenir son paiement sur le prix de leur vente. Enfin est-il dit : « Quant à l'indigent, il peut aller où bon lui semble » ; pour lui, en effet, il n'y a rien à redouter.

Cependant, la valeur de tout cet ensemble de prohibitions nous semble atteinte par une décision sur la constitution de gages. A l'insolvable, nous rapporte Kharchi, il ne sera pas défendu de remettre en nantissement une partie de ses biens à quelques-uns de ses créanciers, alors même que leurs créances seraient à terme ou conditionnelles. Or, nous avons vu qu'à cette sorte de créanciers le débiteur ne peut faire un paiement valable et cependant par ce procédé il arrive à un but identique ; enfin, il fait aussi cesser l'égalité qui doit exister entre tous les créanciers.

Malgré cela, nous pouvons conclure que toutes ces prohibitions ont été édictées dans le but d'éviter

qu'un débiteur, dont les biens vont être exécutés, ne cherche à en détourner au préjudice de ses créanciers ou au moins à en avantager quelques-uns au détriment des autres. Ainsi, l'esprit qui a présidé à l'établissement de toutes ces interdictions est le même qui a motivé dans d'autres droits la période suspecte de la faillite.

Sauf ces restrictions, le débiteur musulman, aussi insolvable qu'il puisse être, conserve l'exercice de ses autres droits, et on le voit, il pourra encore accomplir de nombreux actes, dont beaucoup auront une répercussion sur sa fortune. Malgré la défense rapportée plus haut, il lui est permis de faire certains dons de peu d'importance, auxquels il ne peut se soustraire, comme par exemple ceux résultant d'une invitation à un mariage ; on ne saurait non plus lui interdire totalement de faire l'aumône, comme de donner un habit à un malheureux ; il est vrai que c'est là pour tout bon musulman un acte obligatoire. De même, il peut aussi fournir une pension à son père ou à son enfant, faire les dépenses d'une victime sacrificatoire, celles nécessitées par la célébration des deux grandes fêtes religieuses. Généralement ce sont là motifs à dépenses peu élevées et qui d'ailleurs devront toujours être faites sans prodigalité. Il n'en sera peut-être pas de même du mariage. En effet, si le débiteur est célibataire, à cause du caractère du mariage, il pourra prendre une femme, mais

une seule, car, nous dit Kharchi, c'est « pour la mise en liberté de sa passion » ; mais s'il était déjà marié et qu'il en eut quatre, on ne pourrait l'obliger à en répudier. Or, le mariage entraîne pour le musulman de nombreuses dépenses, dont la plus importante est la dot, que le fiancé doit fournir à sa future femme, et dont la moitié sera exigible avant la consommation du mariage ; or, malgré ses dettes, le futur devra fournir une dot, dont la valeur devra être en rapport avec la condition sociale des deux époux.

Les créanciers ne peuvent également interdire à leur débiteur de répudier sa femme, et pourtant l'exercice de ce droit sera une cause de dépenses, puisque le reliquat de la dot deviendra exigible. Il pourra, avant que la répudiation ne soit achevée, exercer le droit de retour.

Tous ces droits qui sont encore permis à l'insolvable, sont des droits attachés à la personne de tout homme libre et bien qu'ils aient souvent des conséquences pécuniaires, la loi ne pouvait permettre aux créanciers ne s'opposer à leur exercice.

CHAPITRE III

CONDITIONS D'OUVERTURE DE LA FAILLITE

Si une bonne législation doit avoir pour but de faire respecter les droits des créanciers, elle ne doit pas cependant mettre le débiteur à leur merci complète. Aussi, avant que d'entreprendre des mesures dont les conséquences sont très importantes, on doit s'assurer qu'elles sont nécessaires, que les créanciers ne font pas un usage abusif de leurs droits. Conformément à ce principe voyons-nous dans toutes les législations que les voies d'exécution ne sont autorisées qu'après un jugement rendu après constatation de la situation du débiteur ; c'est ainsi que dans le système adopté par notre droit commercial, il faut que le débiteur, dont on demande la déclaration de faillite, ait cessé ses paiements.

Tel sera aussi l'objet du jugement que rendra le cadi, qui aura à s'assurer de l'insolvabilité du débiteur. Mais une sentence judiciaire était encore motivée à cause du changement que la faillite apportera dans

l'état juridique du débiteur et des nombreux intérêts qu'elle mettra en cause.

Considérons donc les conditions que la loi musulmane exige pour qu'un débiteur soit déclaré mofliss. Ces conditions sont au nombre de trois ; il faut une requête des créanciers, que les créances de ceux-ci soient exigibles, et enfin qu'il y ait insolvabilité du débiteur.

Ainsi, en premier lieu, les créanciers, qui désirent se faire payer sur les biens de leur débiteur, devront demander au juge qu'il le déclare mofliss. A cet effet, ils suivront les règles ordinaires de la procédure musulmane et s'adresseront au cadi du domicile du défendeur, devant lequel ils assigneront ce dernier. Les parties ainsi en présence du juge, les requérants, après avoir énoncé leurs griefs, auront à établir qu'ils remplissent bien les conditions exigées, car naturellement le droit musulman applique le principe : *onus probandi actori incumbit*.

A cet effet, et avant toute chose, les créanciers poursuivants devront prouver l'existence de leurs créances. Comme le droit musulman n'admet qu'avec une certaine défiance la preuve écrite, celle-ci, qui doit toujours être double, se fera par témoins ou adels ; ces adels ne sont pas de simples spectateurs, mais des personnes honorables, en quelque sorte des notaires, qui viennent devant le magistrat pour confirmer le contrat passé devant eux.

Mais le droit de demander la faillite n'appartient pas à tous les créanciers ; c'est ainsi qu'il est refusé aux créanciers qui ont obtenu des garanties. Cependant, si la vente des biens affectés à leurs créances avait été insuffisante, ils pourraient avoir recours à cette mesure pour le reliquat, mais en principe seuls les créanciers chirographaires sont recevables à demander la faillite.

Quant au créancier à terme il se verra opposer le même refus ; cette mesure provient de ce que la faillite en droit musulman est avant tout une mesure d'exécution, or, son titre ne lui donne pas encore un tel droit. Tout ce qui est en son pouvoir pour le moment, est d'interdire à son créancier de porter atteinte à son gage ; de plus, il n'y a lieu d'ordonner une mesure, qui sera peut-être plus tard inutile, si l'insolvabilité a cessé. Cette solution est ainsi différente de celle de notre droit commercial, où le créancier même à terme peut assigner son débiteur en faillite ; cela tient à ce que notre procédure est surtout un ensemble de mesures de protection des intérêts des créanciers.

Après que les créanciers auront prouvé, ainsi qu'il est dit plus haut, leur droit de poursuivre l'exécution des biens de leur débiteur, ils devront encore convaincre le juge de l'insolvabilité de ce dernier, qui est la cause de leur demande en déclaration de faillite. Pour cela, il leur suffira d'établir que le montant de

leurs créances est supérieur à la valeur de l'actif de leur débiteur, ou qu'après paiement de ces créances l'actif restant sera insuffisant pour payer une dette à terme. Prenons comme exemple celui qui nous est fourni par El Klarchi dans son commentaire. Soit un débiteur, qui doit deux cents, dont cent sont exigibles actuellement et cent sont à terme, mais qui ne possède que cent cinquante. Quand la dette échue aura été payée, l'actif restant ne sera pas suffisant pour couvrir la dette à terme ; aussi, y aura-t-il lieu de déclarer cet individu mofliss, à moins, bien entendu, qu'il ne puisse fournir une caution pour la dette à terme. Souvent l'insolvabilité sera établie par le débiteur lui-même, qui y a tout avantage, car elle fera cesser la contrainte par corps.

Cette étude nous permet de remarquer que la faillite en droit musulman est plus difficile à obtenir que dans notre droit commercial, qui ne demande au tribunal que de constater la cessation des paiements, tandis que la loi islamique exige qu'il s'assure de l'insolvabilité du débiteur, fait beaucoup plus difficile à démontrer. Nous comprenons que dans ces conditions il était nécessaire de faire intervenir une décision judiciaire.

Quand toutes les conditions de recevabilité sont réunies, le magistrat doit déclarer le débiteur mofliss ; c'est une obligation à laquelle il ne peut se soustraire que le défendeur soit présent ou fasse défaut, et

malgré le déshonneur qu'entraîne une pareille mesure. Cependant, si le débiteur était seulement absent et qu'on estime qu'il sera prochainement de retour, le juge devra retarder sa décision, à la condition toutefois qu'on ne lui connaisse pas de biens, mais qu'on ne le sache pas non plus dans la gêne. Si l'absence devait se prolonger, la déclaration de faillite devrait être rendue immédiatement, alors même qu'on lui connaîtrait des biens. Ajoutons que cette déclaration, une fois obtenue, est irrévocable, et si le débiteur revenait plus tard avec des ressources suffisantes pour acquitter toutes ses dettes, le juge ne pourrait rapporter sa décision.

Le droit musulman décide, en outre, que la décision est obligatoire pour le juge, bien que d'autres créanciers s'y opposent. Il suffit qu'il y ait un créancier qui demande cette exécution, et, partant, tous les créanciers vont se voir réunis pour vendre les biens de leur débiteur. Cette solution s'imposait aux juriconsultes, car il était impossible qu'un même débiteur soit mofliss pour certains de ses créanciers et ne le soit pas pour d'autres. M. Morand (1) estime que cette mesure est motivée par ce fait que malgré son insolvabilité cet individu pourrait encore modifier la situation respective de ses créanciers ; il pourrait en avantager par des paiements, des constitutions de gage ;

1. Morand, *Études de droit musulman*, p.305.

mais une fois interdit, ces actes seront sans effet et ainsi sera maintenue l'égalité entre les créanciers chirographaires. De même, voyons-nous dans notre droit commercial que, malgré l'opposition de certains créanciers, avec qui le commerçant a fait un concordat amiable, la faillite sera néanmoins obligatoire par le seul fait de la cessation des paiements.

Nous avons dit que la faillite musulmane intervenait à la suite d'une requête des créanciers ; or, c'est là le seul moyen d'introduction d'instance dans le rite malekite. Cette école, qui est suivie dans tout le Maghreb, n'autorise pas le débiteur, dont l'actif est inférieur au passif, de demander au juge de le déclarer mofliss ; de même, le juge ne peut prendre cette mesure de sa propre initiative, alors même que le débiteur opposerait son insolvabilité aux poursuites de ses créanciers. Sur ces deux points, le droit chiite donne une solution identique ; mais il n'en est pas de même du droit hannéfite, qui, se rapprochant en cela de notre droit commercial, décide que le magistrat pourra, sur l'aveu du débiteur, le déclarer mofliss. C'est cette opinion qu'avait reproduite le tribunal de commerce de Tunis dans sa réponse à une demande du gouvernement tunisien (1) : « Le prévôt des marchands ne déclare jamais la faillite d'office ; elle n'est déclarée qu'à la requête des créanciers ou du

1. Santillana, *op. cit.*, t. II, ch. IV, p. 280.

failli lui-même. » Dans ce dernier cas, le failli devait remettre sans délai au prévôt toutes ses écritures ainsi que la clef du lieu où il exerçait son commerce. Cette solution était aussi celle du rite chaféite; en effet, le Minhadj at talibin (1) nous apprend que: « La faillite ne s'ouvre point d'office, mais sur la demande des créanciers, et si tous les créanciers n'ont pas appuyé la demande, les créances des impétrants, prises ensemble, doivent atteindre le montant nécessaire pour motiver la mesure. La faillite s'ouvre aussi sur la demande du débiteur. »

Dans leur ouvrage sur les coutumes kabyles, MM. Hanoteau et Letourneux (2) nous donne aussi de nombreux renseignements sur la déclaration d'insolvabilité. D'abord, des poursuites ne peuvent être intentées contre le débiteur si auparavant il n'a été mis en demeure de se libérer; ces injonctions sont faites en présence de l'amin ou de plusieurs personnes honorables du village et renouvelées à deux ou trois reprises; alors seulement les créanciers pourront se présenter devant la djemaa, c'est-à-dire l'assemblée des notables du pays et déclarer eux-mêmes qu'ils mettent les biens de leur débiteur en interdit. Celui-ci est invité à donner des explica-

1. Minhadj at talibin, *Guide des zélés croyants, Jurisprudence musulmane selon le rite de Chaféi*. Traduction Van der Berg. t. II, l. XII, p. 1.

2. Hamoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 545.

tions sur sa situation, contester les créances de ses créanciers, discuter ses ressources. Après que la djemaa aura approuvé l'interdiction, le kabyle peut encore faire appel et solliciter un juge arbitre. Cette procédure n'est suivie que lorsque le débiteur ne fait pas défaut, mais s'il s'est enfui intentionnellement ou si l'on est complètement dans l'ignorance sur son sort, la décision est rendue à la première réquisition.

Si nous nous reportons maintenant aux codes des états musulmans modernes, nous remarquons que la solution, qui y est donnée, est identique à celle de notre Code de commerce, dont ceux-ci ne sont le plus souvent qu'une copie. C'est ainsi que dans les articles 202 et 203 du Code de commerce égyptien, il est dit : « Tout commerçant qui cesse ses paiements pour raison d'insolvabilité actuelle est en état de faillite, et doit être par jugement déclaré en état de faillite, La déclaration de faillite peut être prononcée soit à la demande des créanciers, soit sur les réquisitions du ministère public, soit d'office. »

La faillite une fois clôturée, le failli recouvre, ainsi que nous le verrons, entièrement, son ancienne capacité ; mais, par suite de nouvelles dettes, cet individu peut redevenir insolvable une deuxième fois, et ses nouveaux créanciers pourront également requérir contre lui une deuxième déclaration de faillite. Celle-ci, qui sera soumise aux mêmes conditions que la première, en sera cependant distincte. Si les

créanciers de la faillite précédente n'ont pas été complètement désintéressés, ils ne pourront rien contre leur ancien débiteur, car les nouveaux biens que celui-ci peut avoir, sont devenus le gage exclusif des nouveaux créanciers, qui seront seuls admis à demander cette nouvelle faillite. Cependant, si cette dernière laissait un reliquat, les créanciers antérieurs se le partageraient ; de même, ils ne pourraient pas être exclus du partage de biens, qui seraient advenus à leur débiteur pour une cause antérieure à la première faillite, comme par succession. On comprend que la loi musulmane ne les appelle pas à concourir sur les biens provenant d'emprunts ou d'achats, car on peut considérer que ce sont les nouveaux créanciers qui les ont mis dans le patrimoine du débiteur et que pour cette raison ils doivent être privilégiés sur le produit de leur vente.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA FAILLITE

La faillite, une fois prononcée, aura pour effet de mettre le débiteur en état d'interdiction, et par suite de cette interdiction il sera exproprié au profit de tous ses créanciers de tous les biens qu'il peut posséder. La définition d'Ibn Arfa (1) est d'ailleurs explicite à ce sujet : « La faillite est le dessaisissement du débiteur, prononcé judiciairement au profit de ses créanciers, faute par lui de pouvoir satisfaire à ses obligations. » Cependant, cette définition pourrait nous faire supposer que la faillite n'a pas pour effet de prononcer l'interdiction du mofliss, mais seulement son dessaisissement ; mais si Ibn Arfa n'a employé ici que le terme de « khalaà », qui exprime une idée de dépossession, Sidi Khelil, qui est notre guide habituel, déclare nettement que le mofliss est en état de « hadjr », c'est-à-dire d'interdiction.

1. Khabil *Code musulman*. Trad. Seignette, p. 135.

Cette mesure d'interdiction est motivée par la situation, dans laquelle se trouve le débiteur. En effet, elle suffit à prouver que celui-ci est incapable de gérer ses affaires, et de plus il y a lieu d'être méfiant à son égard, car on peut avoir de justes craintes qu'il ne cherche par des opérations frauduleuses à frustrer ses créanciers, à commettre des détournements ; aussi, lui enlèvera-t-on l'administration et la garde de son ancien patrimoine pendant tout le temps que durera la liquidation. Mais la législation musulmane se propose, en outre, par cette interdiction, de rendre sans effet à l'égard des créanciers antérieurs à la faillite, les actes que le mofliss **pourrait** faire par la suite. Elle poursuit donc le même but que notre dessaisissement en droit commercial. Cependant, si ces deux législations recherchent un résultat semblable, elles n'y parviennent pas par le même procédé.

Dans notre droit commercial, le failli n'est pas un interdit, sa capacité civile n'est pas modifiée ; il pourra donc contracter dans les mêmes conditions qu'avant le jugement de faillite, seulement les actes, qu'il accomplira, ne pourront plus s'exécuter sur les biens saisis, qui sont devenus indisponibles par rapport à ses créanciers. Ceux-ci n'auront donc pas à **demand**er la nullité de ces actes, et leur droit consiste seulement à s'opposer à ce que l'exécution de ces actes se fasse concurremment avec leurs créances.

Au contraire, en droit musulman, la faillite entraîne l'interdiction du failli ; elle est un « empêchement légal à l'exercice de ses droits sur sa fortune ». Ainsi, le jugement d'insolvabilité modifie la capacité juridique du mofliss, qui devient dès lors un incapable. Cette incapacité est générale, car il n'y a d'exceptions que pour les droits attachés à la personne. Ce principe a été appliqué de tout temps par le droit musulman, puisque nous le trouvons déjà dans le recueil des hadits de Bokhari (1). Cet auteur rapporte, en effet que l'individu « dont la déconfiture a été prononcée, n'a plus le droit d'affranchir, ni de vendre, ni d'acheter ».

L'interdiction du mofliss aura pour conséquence de faire cesser les poursuites individuelles de ses créanciers, qui devront dès lors se joindre à la procédure de la faillite ; ainsi, le failli ne sera plus admis à ester en justice.

Mais pour que les actes du failli postérieurs au jugement ne soient pas opposables aux créanciers, il faudra que ceux-ci en demandent l'annulation au cadi ; ainsi, de même que les actes antérieurs à la faillite, ceux-ci ne sont pas nuls de plein droit, mais seulement annulables vis-à-vis des créanciers. Quand ces derniers auront recours à cette mesure, il leur suf-

1. El Bokhari, *Traditions islamiques*. Trad. Houdas, t. II, p. 118.

fira, pour obtenir gain de cause, d'établir que l'acte motivant leur demande est postérieur à la déclaration d'insolvabilité ; cette preuve, on le voit, sera facile à établir.

Si le droit de demander la nullité des actes du mofliss est donné aux créanciers, c'est que l'interdiction est prise contre le failli ; aussi, ne serait-il admis à invoquer lui-même cette nullité ; à son égard, ces actes sont pleinement valables, et pourront s'exécuter par la suite sur les biens, qui lui adviendront. Dans un contrat, il y a donc lieu de discerner sa validité et son caractère exécutoire. C'est ainsi que l'interdiction du failli ne saurait être un obstacle à ce qu'il s'oblige par ses délits, mais leurs conséquences pécuniaires ne seront pas prélevées sur les biens mis en interdit.

Les créanciers et le juge exerceront une surveillance sur les biens du mofliss : or, si parmi ceux-ci il y a des créances lui appartenant, ils pourront en poursuivre le paiement, à la condition qu'elles soient exigibles. Mais, en agissant ainsi, on ne peut pas dire que les créanciers sont les représentants de leur débiteur, car leur mission ne consiste pas à administrer le patrimoine de leur débiteur, ni à le faire fructifier, mais seulement à en opérer la liquidation. D'ailleurs, en réclamant ces paiements, ils ne font qu'exercer un droit leur appartenant, qui consiste à reconstituer l'actif de leur débiteur, auquel ils ont

été subrogés. Cependant, il faut reconnaître que cette situation n'est pas très nette dans le droit musulman, car les jurisconsultes nous ont donné plutôt des solutions d'espèce et n'ont pas cherché à poser un principe bien défini.

C'est ainsi que lorsqu'un témoin vient attester l'existence d'une dette en faveur du débiteur, mais que celui-ci la nie et refuse d'appuyer sa dénégation par un serment, les créanciers pourront jurer comme il aurait dû le faire relativement à cette dette. Il paraît bien que dans ce cas les créanciers agissent au nom de leur débiteur. Les auteurs ajoutent à ce propos que seuls les créanciers, qui auront juré, auront droit de participer à cette créance et cela proportionnellement à leurs droits.

Puisqu'en général les créanciers ne peuvent pas agir au nom de leur débiteur dans l'administration de son ancien patrimoine, il en résulte que l'incapacité, dont le mofliss est atteint, n'est pas seulement une incapacité d'exercice, mais encore de jouissance.

Nous avons rappelé dans notre introduction qu'un contrat existait en droit musulman par le seul effet du consentement des parties ; il y a cependant un cas où ce principe n'est pas appliqué, c'est pour la constitution de gage, celle-ci n'est, en effet, parfaite que par la dépossession du débiteur. Aussi si, avant la livraison, intervient une déclaration de faillite, cette livraison ne sera plus possible et les droits du

créancier gagiste, par rapport à l'objet sur lequel portait le nantissement, seront identiques à ceux des autres créanciers chirographaires. Une autre solution du droit musulman, qu'il y a également lieu de mentionner à propos des effets de l'interdiction, est celle appliquée en cas de donation. Pour que celle-ci soit parfaite, il faut qu'elle ait été acceptée par le donataire, or, si cette acceptation ne se produisait qu'après l'interdiction du donateur, elle serait sans effet. Cette hypothèse se réalisera, sans doute, rarement, car, si au moment de la donation, le donateur était déjà insolvable, celle-ci serait nulle ainsi que nous l'avons vu précédemment.

Cependant, aussi générale que soit l'incapacité du mofliss, elle ne pouvait atteindre que les droits patrimoniaux ; il eut été trop sévère de lui interdire également l'exercice des droits attachés à la personne, qui sont d'ordre purement moral et s'ils ont une répercussion sur la composition du patrimoine, celle-ci est tout au moins peu importante.

Aussi, malgré son interdiction le mofliss pourra encore répudier ses femmes ; mais celui-ci, en agissant ainsi, n'aggravera pas son passif, car le reliquat de la dot, devenue exigible par suite du jugement de faillite, est déjà compris dans son passif ; bien mieux les créanciers en retireront un profit car la répudiation mettra fin à la pension alimentaire. De même la situation des créanciers serait encore amé-

liorée par la rupture du mariage à la suite d'un divorce, car pour l'obtenir, la femme abandonnera généralement ce qui lui reste dû de sa dot, ce qui aura pour effet de diminuer le passif ; mais le divorce ainsi demandé par la femme, le mari ne pourra être contraint à l'accepter. Si une esclave du mofliss lui avait donné antérieurement à l'interdiction un fils, celle-ci pourra être affranchie immédiatement, et même si elle possédait un pécule, celui-ci lui restera acquis, s'il n'est pas trop considérable. Nous savons qu'en cas de délit commis sur une personne libre, le coupable sera condamné, soit à la peine du talion, soit à verser à sa victime le dieh ou prix du sang ; mais généralement c'est ce dernier qui choisit entre ces deux peines ; or malgré son interdiction le mofliss pourra exiger la peine du talion ou même pardonner, à moins cependant qu'il n'existe un dich légal. Comme auparavant le failli peut toujours se marier, avouer ou désavouer sa paternité. Celui-ci conserve encore la liberté de refuser une donation ; de même le droit de chefaa est un droit personnel et les créanciers ne peuvent contraindre leur débiteur à l'exercer, bien qu'il dût en retirer un bénéfice.

Il nous reste, maintenant, à rechercher si l'interdiction du failli résulte de plein droit de la décision judiciaire qui a reconnu l'insolvabilité du débiteur, ou si, au contraire, elle doit faire l'objet d'une déclaration spéciale. Les divers rites ne sont pas d'accord

à ce sujet. C'est ainsi que pour Sidi Khelil l'interdiction a lieu de plein droit, mais Ebn Acem, auteur de la même école, exige qu'elle soit prononcée et en outre qu'il y ait accord à ce sujet entre les créanciers. L'auteur du *Minhadj at talibin* (1), se rallie à la solution de Sidi Khelil. « L'ouverture de la faillite nous dit-il, a pour conséquence immédiate que le débiteur est dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens » ; mais, ajoute-t-il, « le juge doit lui faire signifier en présence de témoins la mesure prise à son égard, afin qu'il s'abstienne de toute disposition ultérieure ».

Les auteurs hanéfites sont d'un avis tout différent ; bien plus, si l'on en croit Charani (2), Abou Hanifah lui-même estimerait qu'elle ne peut-être prononcée. *La Balance de la loi musulmane* nous dit, en effet : « Abou Hanifah décide que le failli ne doit pas être interdit, mais on le tient en détention jusqu'à ce qu'il ait payé ses dettes... l'on n'interdit pas au failli de disposer de ce qu'il possède ; si un cadi a prononcé l'interdiction, le fait ne devient exécutoire que quand un deuxième cadi l'a prononcé aussi ; si cette deuxième décision n'admet pas l'interdiction, tous les actes du failli sont valables, qu'ils soient ou ne soient pas susceptibles d'annulation ; si la seconde décision

1. *Minhadj at talibin*, op. cit., t. II, LXII, p. 2.

2. Charani, *Balance de la loi musulmane*. — Traduct. Perron, p. 310.

l'admet, le failli conserve le droit de disposer de son avoir pour les actes ou faits non susceptibles d'annulation (Mariage, répudiation, manumission posthume), mais non pour les actes ou faits susceptibles d'annulation, (vente, donation). » D'après M. Van der Berg (1) cette divergence serait due à deux passages du Qoran; dans le premier, sur lequel s'appuierait la théorie négative, Dieu réproouve au point de vue moral les poursuites exercées contre le débiteur. « Si votre débiteur éprouve de la gêne, attendez qu'il soit plus à l'aise. Si vous lui remettez sa dette, ce sera plus méritoire pour vous (2) » ; mais plus loin le même ouvrage nous déclare que le débiteur, qui ne remplit pas ses obligations ne mérite pas de pitié (Qoran, III, 68-70, 75-76).

Malgré que l'on n'accorde aux décisions de Charani qu'une valeur très limitée, il faut reconnaître que l'école hanéfite n'assure pas aux créanciers une protection suffisante ; heureusement pour ceux-ci la règle la plus communément admise est celle de l'interdiction de plein droit.

Mais, parmi les auteurs qui se rallient à ce principe, le désaccord se produit bientôt à propos du point de départ de cette interdiction. Les uns font

1. *Revue algérienne et tunisienne*. Année 1891 Van der Berg, *Principes de droit musulman d'après le rite d'Abou Hanifah et de Chaffi.*, p. 160.

2. La Beaume, *Traduct. du Qoran*, II, 280, p. 711.

partir ses effets du moment où a eu lieu la réclamation des créanciers, d'autres, enfin, du jour du jugement. Cette dernière solution, qui est la plus adoptée, nous paraît préférable, car jusqu'alors il n'y a pas eu de changement dans la capacité du débiteur.

Enfin, il n'est pas douteux que l'interdiction cesse de plein droit, sans intervention du juge, lorsque l'actif a été partagé entre les créanciers, alors même qu'il n'aurait pas suffi à les désintéresser totalement. Cependant avant la clôture de la faillite, on fera jurer au failli qu'il n'a rien détourné, ni caché et qu'il paiera le reliquat, quand il sera en état de le faire ; les créanciers peuvent eux-mêmes reconnaître la bonne foi de leur débiteur.

Ainsi dès lors l'ancien failli pourra agir comme il lui plaira, car l'interdiction ne concernait que son patrimoine antérieur.

Nous avons vu dans notre exposé de la contrainte par corps que celle-ci prenait fin par la cession générale faite par le débiteur au profit de tous ses créanciers. Cette convention produit encore de nombreux effets semblables à ceux de la faillite, comme la vente des biens cédés, dont le produit est réparti entre les créanciers et l'expulsion de ces créanciers dans une faillite postérieure ; mais malgré ces caractères communs, il existe entre ces deux opérations une différence essentielle, c'est que l'interdiction du débiteur ne peut résulter que de la déclaration de faillite.

Si cette interdiction est l'effet primordial du jugement de déclaration d'insolvabilité, il n'en est pas le seul ; nous verrons, en effet, lorsque nous considérons les créanciers, qui peuvent prendre part à la liquidation de l'actif, qu'on doit y comprendre même ceux à terme ; ainsi, le jugement de faillite fait perdre au débiteur le bénéfice du terme, qui lui avait été accordé.

Le jugement de faillite entraînant des conséquences aussi importantes et intéressant un grand nombre de personnes, il était nécessaire qu'il soit porté à la connaissance de tous ceux qui avaient été ou qui pourraient être en relations avec le mofliss. Dans ce but, Ben Rehhal, dans ses gloses de la Tohfa, nous apprend que l'on doit se servir des crieurs publics ; ceux-ci iront dans tous les lieux, où les gens ont l'habitude de se réunir, par exemple, les marchés, devant la porte de la mosquée, après la prière du vendredi, et ils annonceront à tous qu'un tel est mofliss. La situation sera encore connue par suite de la vente aux enchères publiques des biens du débiteur. Enfin, dans certains pays, le crieur public promène le failli à travers la ville en déclarant la mesure qui a été prise contre lui. Dès lors, les personnes qui contracteront avec lui, sauront à quels dangers elles s'exposent ; en outre, s'il existe des créanciers qui n'aient pas pris part à la demande d'interdiction, ils apprendront ainsi qu'ils doivent

se présenter devant le cadi pour obtenir leur admission dans le partage des biens de leur débiteur.

Si en droit musulman la déclaration de faillite n'est pas pour le failli une cause de déchéance comme dans le droit romain, on conçoit qu'une semblable publication ne soit pas sans lui attirer une certaine réprobation de ses concitoyens. Cependant, certaines coutumes ne se contentent pas de ce simple déshonneur ; elles autorisent, en outre, certaines mesures humiliantes, comme l'expulsion du marché ou du bazar. Mais généralement les effets de la faillite contre la personne du débiteur s'arrêtent là, et le droit malekite déclare nettement que celui-ci ne peut être contraint par ses créanciers à travailler à leur profit ; cette solution est encore en usage au Maroc. Cependant, Van der Berg (1) et Mouradja d'Ohsson (2) nous apprennent que le rite hanéfite permet au cadi d'obliger le failli à travailler pour ses créanciers.

1. Van der Berg., *op. cit.*, R.A.T., année 1896, p. 90.

2. Mouradja d'Ohsson, *op. cit.*, p. 105.

CHAPITRE V

DE L'ACTIF DE LA FAILLITE

Le jugement de déclaration de faillite ayant pour effet d'exproprier le débiteur de tous ses biens au profit de ses créanciers, ceux-ci devront donc s'occuper de reconstituer ce patrimoine, devenu ainsi l'actif de la faillite.

Mais outre les meubles, immeubles et droits de créance appartenant au débiteur avant son interdiction, les créanciers auront également le droit de s'emparer de tous les biens, que le mofliss pourrait acquérir pendant la procédure de faillite pour une cause qui lui serait antérieure, comme par succession ou donation.

Les immeubles ne seront généralement pas un facteur important de l'actif de la faillite ; en effet, la propriété particulière étant peu répandue chez les musulmans, elle ne comprendra le plus souvent que la maison d'habitation du débiteur ; les terres sont généralement la propriété des tribus et sont ainsi

communes. Cependant, quand des biens immobiliers devront revenir à la faillite, les créanciers auront à établir le droit de propriété de leur débiteur ; cette preuve sera assez difficile à produire par suite de la clandestinité du régime auquel sont soumis les biens fonciers ; là encore on se servira le plus souvent de la preuve légale par témoins. On sait que chez les musulmans de nombreux immeubles sont habous ; celui qui rend ainsi inaliénables des biens, déclare en même temps quels seront les bénéficiaires de leur usufruit ; or, quand un failli se trouvera à posséder de semblables revenus, ceux-ci appartiendront dès lors à ses créanciers ; il en sera de même de la rente d'enzel.

Mais la majeure partie de la fortune des Arabes consiste en biens mobiliers, en bétail principalement ; dès l'interdiction, le juge devra en faire un inventaire pour en établir la consistance. On devra comprendre dans cet inventaire tous les biens trouvés chez le failli, car il existe une présomption pour que ceux-ci soient sa propriété. Ainsi, le droit musulman fait application de notre adage « qu'en fait de meubles possession vaut titre ». Mais comme des biens, dont le failli n'était que détenteur par suite de dépôt ou de prêt d'usage, ont pu être compris dans la saisie, leurs véritables propriétaires auront à établir leurs droits pour détruire la présomption ; jusque-là les créanciers seront autorisés à les garder. Généra-

lement, après son interdiction, le débiteur désignera les objets qui lui ont été remis en dépôt ou en gage ; cette reconnaissance de dettes sera valable, si elle a lieu au moment de l'assemblée des créanciers ou peu après ; cependant, cette seule affirmation n'est pas suffisante et Sidi-Khelil demande que les revendiquants de ces biens établissent l'identité des objets qu'ils ont confiés et de ceux qui ont été trouvés chez le failli. Cependant, si ce dernier prétend qu'une chose trouvée chez lui est l'objet d'une commandite conclue avec un absent, on la lui laissera sur sa déclaration assermentée ; mais quand le commanditaire est présent, avant de rentrer en possession de son bien, il devra confirmer l'allégation du failli, sans quoi l'objet resterait la propriété de la masse.

Nous avons vu que le droit musulman ne méconnaissait point l'existence de personnes suspectes ; aussi, si dans la circonstance ceux qui devraient profiter de cette règle étaient des personnes que l'on puisse soupçonner de connivence avec le failli dans le but de frauder les créanciers, ces reconnaissances de dettes seraient sans valeur ; telle serait la solution si le moffiss avouait une semblable dette envers sa femme, son fils, son frère, etc.

Cependant, dans certaines circonstances, les jurisconsultes musulmans se montrent moins exigeants, et le débiteur sera cru sur sa seule affirmation ; il en sera ainsi quand celui-ci est un artisan, et quand les

objets qu'il désigne comme ne lui appartenant pas sont de ceux qu'on a l'habitude de lui remettre pour qu'il exerce son industrie. Le motif de cette disposition est qu'en ces occasions on ne prend pas soin de requérir des témoignages.

On devra donc ajouter foi au dire d'un forgeron, qui prétendrait que des socs de charrue, des marteaux trouvés chez lui, lui ont été remis afin d'y effectuer des réparations ; la solution serait identique pour les déclarations d'un teinturier, d'un tailleur, etc.

Si parmi les biens du failli se trouvent des créances, la masse sera autorisée à demander à son profit le paiement de celles qui sont exigibles, car la faillite du créancier n'entraîne pas la perte du terme qu'il a pu accorder à ses débiteurs. Les créanciers du mofliss seront encore admis à exercer certains autres droits de leur débiteur, qui leur procureront un avantage. Ils pourront ainsi demander le partage de biens indivis, poursuivre en justice des causes litigieuses. Nous avons déjà vu qu'ils peuvent également jurer à la place de leur débiteur une dette niée par celui-ci et attestée par un témoin. Mais tandis qu'en droit français tous les créanciers profiteraient d'une créance ainsi recouvrée, alors même qu'un seul d'entre eux eût agi, le droit musulman admet une solution différente ; seuls ceux qui auront prêté le serment auront droit de participer à cette créance et cela non pas en totalité, mais seulement dans la

proportion de leur dividende. Mais cette situation n'est pas toujours réglée ainsi, malgré l'autorité de Kharchi, qui donne sa préférence à cette solution. Ibn-Abd-el-Hakem estime bien également que les créanciers qui ne prêteront pas serment ne pourront rien obtenir ; mais il est d'avis que ceux qui auront juré se partageront la totalité de la créance. Cependant, si le débiteur poursuivi, après avoir prétendu qu'il s'était libéré, ne confirmait pas sa déclaration d'un serment, la créance rentrerait dans le patrimoine du failli et profiterait à tous les créanciers, qu'ils aient juré à la place de ce dernier ou non.

Cet exercice des droits du *mofliss* par ses créanciers nous rappelle l'action qui leur est donnée par l'article 1166 de notre Code civil ; seulement l'analogie n'est pas complète. En effet, dans notre droit, cette action est destinée à conserver au débiteur des droits qu'il risque de laisser éteindre par négligence, ainsi les créanciers agissent au nom de leur débiteur, tandis qu'en droit musulman, c'est en leur nom propre.

L'actif de la faillite, ainsi constitué et inventorié, est placé sous la surveillance du *cadi*, mais la plupart du temps, celui-ci se décharge de ce fardeau sur un curateur choisi parmi les créanciers. M. Santillana (1) nous rapporte que dans la coutume tunisienne, l'in-

1. M. Santillana, *op. cit.*, Ch. II, p. 798.

solvable remettait la clef au prévôt de la corporation, qui prenait certaines mesures conservatoires consistant dans l'apposition des scellés et un inventaire. Comme notre syndic, c'était lui, qui devait poursuivre toutes les opérations de la faillite, qu'il représentait, c'était également contre lui que devaient être dirigées toutes les actions.

La coutume kabyle nous rappelle un peu notre liquidation judiciaire ; après l'interdiction, les créanciers font une reconnaissance des biens, puis délèguent leurs pouvoirs à deux d'entre eux pour les représenter et surveiller l'interdit qu'on laissera en possession des biens saisis jusqu'au jour de la vente, possession qui peut durer un an pour les immeubles.

CHAPITRE VI

DU PASSIF DE LA FAILLITE

En même temps que tous les créanciers poursuivants cherchent à faire rentrer dans l'actif tous les biens qui appartenaient au failli, le cadi se préoccupera de reconstituer tout le passif, car le dessaisissement s'est produit au profit de tous les créanciers du failli, qu'ils aient pris part ou non à la procédure de faillite, et même s'ils s'y étaient opposés.

Mais, parmi les créanciers qui seront appelés à prendre part à la liquidation, on devra comprendre également ceux à terme, bien que jusqu'ici ceux-ci n'eussent pas le droit de poursuivre leur obligé.

En droit musulman la faillite du débiteur, ainsi que sa mort, a pour effet d'amener l'échéance de toutes les dettes du failli, et ainsi d'en permettre l'exécution. Une fois produit, cet effet est irrévocable, et ainsi le débiteur ne pourrait recouvrir le bénéfice du terme, si ayant été déclaré mofliss pendant son

absence, il se trouvait être tout à fait solvable à son retour.

Cette règle est générale et s'applique à toute espèce de dettes à échéance future.

La faillite va donc résoudre de plein droit toutes les locations, que celles-ci aient pour objet des meubles ou des immeubles, et le propriétaire rentrera, immédiatement, en possession de son bien, et il ne pourra produire dans la masse que pour la période de loyer écoulé ; s'il prétendait obtenir les loyers à venir ou obtenir des dommages, sa demande ne saurait être admise, car il y aurait, de sa part, gain illicite, puisque le failli n'userait pas de l'objet loué.

Mais si c'était le failli qui eut donné à bail, le locataire conserverait le droit de continuer sa location, s'il était en possession de l'objet sur lequel porte celle-ci.

De même s'il avait donné un travail à faire à un artisan, que celui-ci n'eut encore entrepris, cet ouvrier aurait le choix de rompre le contrat ou de l'exécuter.

Ainsi, comme en droit français, et pour les mêmes motifs, la faillite rend exigibles les dettes à terme. La nécessité de cette mesure se faisait d'abord sentir dans le but d'une liquidation rapide ; de plus, les causes du jugement rendu contre un tel débiteur prouvent que celui-ci ne mérite plus la faveur qu'on lui avait accordée, car on n'avait consenti à retarder son paiement qu'à cause de la confiance qu'il avait

pu inspirer. Enfin ce créancier, malgré le terme de son obligation, a, cependant, un droit de gage comme tout autre créancier sur le patrimoine du failli, or, si le partage se faisait sans lui, il lui serait peu facile d'obtenir plus tard son paiement. En effet, il ne pourrait l'obtenir de son débiteur tout à fait dépouillé lorsque sa créance deviendrait exigible ; il serait donc forcé d'agir comme les créanciers retardataires et de poursuivre les créanciers, qui auraient pris part à la liquidation et qui auraient touché plus qu'il ne leur revenait, puisque le juge ne peut rien conserver ; mais un tel procédé serait trop incommode, outre le danger que risquerait de courir le créancier à terme, si parmi les partageants quelques-uns étaient devenus à leur tour insolvable. Lorsque la liquidation se poursuit à la suite d'une cession générale des biens, quoique la situation soit semblable, les auteurs ne sont cependant pas d'accord sur le point de savoir si les créances à terme deviennent exigibles (1).

Mais si certains rites et parmi eux le rite malékite admettent la perte du terme pour cause de faillite, cette opinion n'est cependant pas suivie par le droit chiite, qui ne l'autorise qu'en cas de mort.

« La mise en interdiction n'emporte pas l'échéance

1. *Tohfah*. Trad. Houdas, *op. cit.*, p. 777, n. 1342.

forcée des dettes contractées à terme, le décès seul, entraîne cette déchéance (1). »

Beaucoup d'auteurs critiquent cette solution de notre droit commercial au sujet du terme, car elle leur paraît avantager cette sorte de créanciers de tout l'intérêt que leurs créances produiraient jusqu'au jour de l'échéance ; un tel reproche ne saurait être adressé à la faillite du droit musulman, car on sait que cette législation interdit formellement toute opération usuraire.

Ainsi, dès lors le passif de la faillite comprendra toutes les personnes qui pourront établir au juge qu'elles étaient créancières du failli antérieurement à cette mesure ; cette seule qualité est suffisante, alors même que le contrat, sur lequel elles se fondent, eût été fait avec un insolvable ; seulement un tel acte pourra peut-être être annulé sur la demande des autres créanciers. Quant aux créanciers, qui ne subissent pas la loi de concours, ils ne pourront y figurer que si leur gage est insuffisant.

Mais comment le juge parviendra-t-il à connaître les dettes du mofliss, que celui-ci aura eu soin de ne pas dévoiler jusqu'ici. Certains créanciers, ayant eu connaissance de l'interdiction de leur débiteur, viendront eux-mêmes déclarer et prouver leurs droits au cadi ; il y avait donc encore ici une néces-

1. Querry, *Droit musulman selon le rite chiite*, p. 462.

sité à la publication du jugement rendu contre l'insolvable. Mais souvent celui-ci fera connaître lui-même ses créanciers ; et son aveu sera valable s'il s'est produit pendant l'assemblée judiciaire de la faillite ou tout au moins peu après, et s'il n'est pas fait en faveur de personnes suspectes. Mais cet aveu ne suffit pas pour établir les droits des créanciers ; ceux-ci devront encore compléter ce commencement de preuve, car s'il existait dans la faillite d'autres créanciers dont les titres soient plus certains, ceux-ci pourraient s'opposer à ce qu'on comprenne dans le passif de semblables créances ; mais celles-ci resteraient néanmoins à la charge du mofliss.

CHAPITRE VII

DE LA VENTE DES BIENS DU FAILLI

Dans notre droit commercial, la formation de l'actif et celle du passif de la faillite ont plutôt un caractère d'opérations préliminaires, car leurs résultats feront décider l'assemblée des créanciers à accorder ou à refuser le concordat; si elle s'est ralliée à cette deuxième solution, la faillite se terminera par l'union, c'est-à-dire la vente des biens du failli et la répartition du produit entre les créanciers au marc le franc. Mais comme en droit musulman on n'avait pas d'avis à demander aux créanciers, la connaissance du passif et de l'actif était inutile; en effet, la faillite, qui n'est qu'une mesure d'exécution, devait se terminer nécessairement par la vente des biens de l'interdit.

Cette vente était également rendue obligatoire par suite de l'impossibilité qu'il y avait à effectuer un partage des biens en nature. En effet, dans une

semblable répartition, la valeur de certains biens aurait pu être supérieure aux plus forts dividendes ; mais surtout il eût été indispensable de faire l'estimation des biens distribués, ce qui n'aurait pas manqué de donner naissance à de nombreuses discussions, car l'égalité des créanciers n'aurait pu être strictement observée. Aussi la vente avec partage du capital réalisé était la seule façon de procéder, pratique et équitable. Cependant, malgré les inconvénients dont nous venons de parler, le droit chiïte admet que les créanciers peuvent s'entendre pour opérer le partage des biens en nature.

Voyons donc dans quelles conditions s'effectuera cette vente qui, nous dit Kharchi, est la deuxième des « règles de la faillite ». Comme pour la vente des biens de mineurs, les deux seuls cas de vente judiciaire en droit musulman, c'est le cadi qui, en principe, doit procéder à cette vente, mais souvent comme pour toute opération de la faillite, celui-ci délègue son remplaçant ou son adel. Cependant, les coutumes kabyles plus confiantes permettent à l'interdit d'opérer lui-même la vente de ses biens, surveillé en cela par les délégués de la masse. L'adjudication ne peut être faite qu'au comptant et au plus fort et dernier enchérisseur ; aussi la vente se fera aux enchères publiques ; cette condition est établie dans le but naturel de faire atteindre aux objets vendus le plus haut prix possible ; aussi si le juge estime que l'on

n'a pas obtenu une offre convenable, il devra surseoir à la vente et l'on procédera plus tard à de nouvelles enchères. Certains auteurs réclament en outre, nous dit M. Morand (1), que le procès-verbal d'adjudication constate l'accomplissement de ces diverses formalités et qu'on ne peut espérer un prix supérieur.

Mais pour que la vente soit encore valable, il faut qu'elle ait eu lieu en présence du failli ou tout au moins que celui-ci ait été convoqué ; c'est que lui aussi a tout intérêt à ce que la vente de ses biens atteigne le produit le plus élevé possible, car cela diminuera d'autant le reliquat qui reste à sa charge ; à cet effet le droit musulman lui reconnaît le droit de s'opposer à une vente qu'il considère comme insuffisante.

La vente se fera sur le marché ou dans le bazar où l'on a l'habitude de vendre certains objets ; on se préoccupera également de la faire concorder avec le jour du marché. Elle aura lieu au détail ; il ne pouvait être question d'une vente en bloc comme à Rome, car l'adjudicataire n'aurait eu comme but que de réaliser un bénéfice, qui, dans la circonstance, aurait présenté tous les caractères d'un lucre illicite, ce que le droit musulman ne tolère pas.

Puisque la vente des biens est obligatoire, il y avait donc lieu d'y procéder le plus rapidement possible.

1. Morand, *op. cit.* *Le Nantissement immobilier*, p. 281.

On commencera d'abord par les meubles et cela dans un délai d'environ trois jours après l'interdiction ; si ceux-ci sont nombreux et qu'on prévoit qu'il soit nécessaire de plusieurs séances, on vendra d'abord les objets qui sont sujets à dépérissement ou dont la conservation entraînerait des frais ; tel sera le cas pour les récoltes et les animaux.

Bien que la vente du mobilier doit être aussi complète que possible, certains auteurs reconnaissent qu'elle n'est pas possible pour certains objets que l'on doit laisser au failli ; ainsi le droit musulman admet l'existence de biens insaisissables. On devra donc abandonner au failli et à sa famille des habits, deux de vil prix nous dit Kharchi ; mais si le débiteur n'en possédait que de fort riches, ils seraient vendus. Quant aux instruments de travail d'un artisan, il y a discussion ; mais Sidi-Khelil estime qu'on ne doit pas les lui enlever, s'ils lui sont indispensables, car leur valeur sera généralement peu importante et, de plus, nous dit Kharchi, par son travail il pourra subvenir à ses besoins et à ceux des personnes qui seront à sa charge ; dans ces conditions il n'y aura pas lieu d'opérer sur l'actif un prélèvement en vue de lui accorder un secours. Mais cet auteur n'admet pas la même solution pour les livres, religieux ou juridiques car, dit-il, la science se porte dans la tête ; quant aux autres ouvrages, il n'y a aucun doute possible.

Quand le mofliss aura des esclaves, ceux-ci seront également vendus, si les droits du débiteur sur leurs personnes étaient encore intacts au jour de la déclaration de faillite. Quant à ceux qui seront plus tard affranchis, la faillite ne pourra que louer les services qu'ils devraient à leur maître jusqu'au jour de leur affranchissement ; il n'y aura exception que pour l'esclave qui a été rendue mère par le fait de son maître avant son interdiction, car celle-ci ne lui doit qu'un service très limité.

Quand la vente du mobilier sera achevée, si son produit a été insuffisant à désintéresser tous les créanciers, il y aura lieu de poursuivre l'exécution sur les immeubles. Mais comme ces biens ne sont pas sujets à dépérissement, qu'ils ne causent pas de frais d'entretien, on attendra pour les vendre un délai de deux mois environ ; cette vente, qui se fera toujours aux enchères publiques, aura dû être annoncée par voie de publications ou d'affiches. En droit kabyle, le délai entre l'interdiction et la vente des immeubles est beaucoup plus long, il peut atteindre un an, car on espère toujours que le failli arrivera à se libérer ou tout au moins à fournir une caution.

Mais que la vente porte sur des meubles ou des immeubles, elle se fera toujours à option sous peine de nullité ; pendant un délai de trois jours l'acheteur a le droit de conserver l'objet de son achat ou de le restituer à la faillite. Mais une fois ce délai écoulé,

pendant lequel il aura pu reconnaître les vices de l'objet, la vente devient définitive ; aussi ne pourra-t-elle jamais donner lieu à un recours en garantie.

CHAPITRE VIII

DE LA RÉPARTITION DE L'ACTIF DE LA FAILLITE ENTRE LES CRÉANCIERS

Quand le cadi aura effectué la vente des biens du failli, il aura encore pour mission d'en distribuer le montant entre les créanciers ; cette opération est la troisième et dernière règle de la faillite ; c'est le but de cette institution.

Mais le failli, après la vente de tous ses biens, se trouvera dans un état complet de dénuement ; aussi le droit musulman, estimant qu'un semblable résultat serait trop sévère, décide qu'avant toute répartition de dividendes, on prélèvera sur l'actif une certaine somme pour subvenir à l'entretien momentané du mofliss et des personnes qui sont à sa charge. Nous avons déjà vu comme application de ce sentiment humanitaire que l'on devait leur laisser deux vêtements pour chaque personne. Pour l'estimation de ce secours on devra faire intervenir différents facteurs ; c'est ainsi que l'on tiendra compte de l'époque de

l'année, car on comprend qu'au début de l'hiver l'ancien failli trouvera difficilement du travail et qu'il devra payer beaucoup plus cher les aliments. Mais on tiendra surtout compte des personnes qui sont à sa charge : femmes, enfants et même parents.

Pour ce bénéfice de compétence, la coutume kabyle est très large ; elle décide, en effet, que l'on doit laisser au failli, des ressources suffisantes pour une année ; mais, d'autre part, elle n'accorde au débiteur qui a fait cession de ses biens à ses créanciers, que le droit d'emporter des vêtements pour lui et sa famille, lui refusant ainsi tout droit à des aliments.

D'après M. Santillana (1), les hanéfites entendent aussi très largement ce bénéfice de compétence, et il nous rapporte l'avis d'un jurisconsulte qui décide qu'on ne peut vendre « les choses indispensables à la vie du débiteur, telles que sa maison d'habitation ». Ainsi le droit musulman appliquerait depuis fort longtemps la théorie du homestead.

Cependant, ce secours devrait être refusé au débiteur, qui a un métier qu'il peut exercer en tout temps et qui lui permettra de se procurer des ressources ; c'est ainsi qu'aucun prélèvement ne sera fait en faveur d'un artisan comme un tisserand, un teinturier.

Après cette opération préliminaire, la distribution

1. Santillana, *op. cit.*, p. 810.

des sommes s'impose. Comme le cadi ne doit jamais conserver d'argent appartenant à la faillite, il le répartira entre les créanciers immédiatement après chaque vente, sauf si leur produit était trop minime. Cette répartition se fera entre tous les créanciers connus, car il n'est pas nécessaire pour y procéder qu'on ait la certitude qu'il n'en existe pas d'autres; il n'y sera sursis que si l'on connaît des créanciers absents et qu'on estime qu'ils seront prochainement de retour; quant à ceux dont l'absence devrait durer, le cadi conservera leur part.

Mais comme l'interdiction n'a été prononcée que parce que le débiteur avait un passif supérieur à son actif, tous ses créanciers ne pourront donc être intégralement payés; puisqu'ils ont tous des droits semblables, il faudra que chacun d'eux supporte une partie de la différence existant entre le passif et l'actif, et ainsi il n'obtiendra qu'un paiement proportionnel au montant de sa créance dans le passif entier. Ainsi le droit musulman sait respecter l'égalité entre tous les créanciers, fidèle en cela à la tradition du Prophète.

Ce dividende devra être payé en argent. Mais la liquidation ne pourra cependant avoir lieu que lorsque toutes les dettes de la faillite auront été rendues liquides; aussi, s'il en existe qui ont pour objet des marchandises, on ne pourra connaître leur montant que lorsqu'il aura été procédé à leur esti-

mation. Celle-ci se fera d'après le cours de l'objet dû, au jour de la répartition. Or, comme ce créancier a le droit d'exiger le paiement en nature de sa créance, avec l'argent représentant sa part, on achètera les marchandises nécessaires. Cependant, en général, celui-ci demandera d'être payé en numéraire ; ceci devrait lui être refusé, lorsque la loi s'y oppose formellement, comme dans la vente à livrer, ce mode de paiement ne devant pas être pour lui une cause de lucre.

A propos du paiement et de l'estimation d'une dette en nature les auteurs musulmans s'étendent longuement sur la qualité que doit présenter la marchandise ; Kharchi estime qu'on ne doit ni prendre la meilleure, car ce serait cruel envers le failli, ni la plus mauvaise, car ce serait inique pour le créancier.

Mais comme quelquefois l'achat des marchandises dues à un créancier se fait postérieurement à la répartition du numéraire aux autres créanciers, par suite de la variation des mercuriales il pourra recevoir en quantité plus ou moins que ce qui lui avait été fixé primitivement. Supposons qu'une créance ait pour objet cent mesures de blé, et que le dividende de chaque créancier ne soit que le tiers de sa créance primitive, avec l'argent réservé pour l'achat on pourra, selon le cas, obtenir seulement trente mesures de cette céréale, si elle a augmenté, ou au contraire, quarante si elle a baissé. Il semblerait que dans cette

hypothèse ce créancier ait reçu moins ou plus que ce qui lui avait été adjugé et que le principe de l'égalité entre les créanciers ne fut pas respecté ; cependant les auteurs décident qu'aucune réclamation n'est admissible et qu'il n'y a pas lieu de répartir le bénéfice ou la perte subie par ce créancier, car au moment de la distribution aucun n'était plus avantagé que l'autre.

Avec le système de répartition immédiate des dividendes, malgré la publicité de la faillite, on comprend que des créanciers puissent se présenter après la clôture de la liquidation. Quel sera donc le sort de ces créanciers, qui étaient absents ou qui n'ont pas eu connaissance de la procédure dirigée contre leur débiteur ? Verront-ils comme dans notre droit commercial repousser leurs réclamations, parce que la faillite est achevée ? La solution qui a prévalu en droit musulman n'est pas la même.

Quand ces créanciers retardataires auront prouvé au juge l'existence de leurs créances et leur antériorité au jugement d'interdiction, ils pourront dès lors se retourner contre les créanciers, qui ont pris part au partage de l'actif, pour en obtenir ce qui leur aurait été attribué. Ainsi ce créancier touchera son dividende, comme s'il avait été présent ; il s'adressera à cet effet à chaque copartageant, qui lui rendra sa part selon son émolument. En droit kabyle, une pareille réclamation n'est permise que

pendant un an ; passé ce délai alors même que le créancier habitait l'étranger, il sera forclos.

Mais comme la demande aura peut-être lieu longtemps après la liquidation, la situation de beaucoup de créanciers aura pu changer ; c'est ainsi que certains seront devenus eux-mêmes insolvables ; aussi, le créancier retardataire supportera des pertes ; car il ne pourra exiger de celui qui est solvable ce que devait lui rembourser l'insolvable ; de même, il ne pourra réclamer à ceux qui sont présents la part des absents ; aux vivants celle des morts.

S'il était établi que ce créancier retardataire était présent au moment de la faillite et qu'il en ait eu connaissance, alors il ne lui serait plus possible d'exiger qu'on lui rembourse son dividende ; dans ce cas, son silence est présumé être une renonciation à ses droits, une remise de dette.

Cette solution donnée en cas de faillite se retrouve aussi dans le cas du partage d'une succession ; l'héritier absent obtiendra de ses cohéritiers sa part dans les conditions énoncées ci-dessus ; mais si c'est un créancier du défunt qui se présente, il aura le droit d'obtenir le remboursement complet de sa créance, il pourra donc demander à l'héritier solvable ce que ne peut lui fournir l'insolvable, jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu : il existe ainsi en droit musulman une séparation des patrimoines, mais en faveur de l'héritier.

Si à la clôture de la faillite tous les créanciers avaient été complètement désintéressés, le molliss serait en droit d'exiger d'eux la remise des titres constatant leurs créances. Autrement, les créanciers les conserveront avec le droit d'obtenir le paiement du reliquat sur les biens futurs. Immédiatement après la clôture de la faillite, le créancier recouvre le droit de poursuite individuelle contre son débiteur et la prescription de sa créance court à partir de la même époque (1).

1. Morand, *op. cit.*, p. 221.

CHAPITRE IX

DES CRÉANCIERS PRIVILÉGIÉS

La procédure de la faillite ne se déroulera pas généralement aussi simplement que nous venons de l'exposer ; certains incidents viendront s'y greffer, soit au sujet de la vente des biens, soit surtout au sujet de la distribution de leur produit. Nous avons supposé, jusqu'ici, que les créanciers participant à la faillite avaient des droits semblables ; mais de même qu'en droit français, en face des créanciers ordinaires ou chirographaires, il en existe d'autres qui profitent d'un régime plus avantageux. Ces créanciers qui seront ainsi préférés à la masse, nous les appellerons, pour la commodité du terme, créanciers privilégiés, mais la faveur, avec laquelle ils sont traités, ne constitue pas cependant des privilèges à proprement parler. Si leur prérogative provient, dans quelques cas, de la qualité de leurs créances, elle ne leur permettra pas d'être payés par préférence sur l'ensemble des biens de leur débiteur.

Bien que le droit musulman ne nous ait donné que des solutions d'espèce, réunies pêle-mêle, on peut cependant observer que les avantages concédés à certains créanciers proviennent d'un droit de rétention, d'un droit de revendication ou enfin d'un droit de préférence, mais qui ne s'exerceront toujours que sur un seul objet ; dans ce dernier cas pourrait-on y voir un privilège spécial.

Les créanciers, dont il vient d'être question, tiennent leur droit de préférence du fait de la loi, mais il en existe beaucoup d'autres qui ne le doivent qu'à eux-mêmes. Ceux-ci, plus prévoyants et redoutant que leur débiteur ne puisse un jour faire face à ses engagements, lui ont demandé de leur donner des sûretés. Celles-ci consistent, soit dans l'adjonction d'un second débiteur s'engageant à côté du débiteur principal et subsidiairement, soit, et c'est le cas le plus général, dans un bien remis en garantie de la créance.

Le droit musulman ne connaît, dans ce dernier genre de garanties, que le gage et l'antichrèse, qu'il réunit sous le nom générique de rahn. L'hypothèque lui est inconnue ; cette législation ne pouvait admettre, en effet, la fiction d'un nantissement opéré par de simples paroles, car il exige que le débiteur soit dessaisi du bien, qu'il engage comme sûreté de sa dette, et qui devra être remis au créancier ou à un tiers. Bien que le débiteur reste propriétaire de ce

bien, il ne pourra en recouvrer la possession que lorsqu'il aura payé toute sa dette ; en cas de faillite le créancier opposera également son droit à la masse et ne se dessaisira de son gage que lorsqu'il aura obtenu son paiement. Or, comme cet objet sera compris dans la vente des biens, pour que l'acheteur puisse en prendre possession, le juge remettra au créancier le prix de sa vente jusqu'à concurrence du montant de sa dette. S'il y a un reliquat, celui-ci appartiendra à la masse des créanciers ; si au contraire le produit de la vente a été insuffisant, le créancier gagiste pourra produire à la faillite pour le reste de sa créance.

Quand le créancier aura demandé à son débiteur de lui fournir une caution, il ne pourra réclamer à celle-ci son exécution, que lorsque la faillite sera terminée et à laquelle il aura dû demander sa participation. L'obligation du répondant sera donc diminuée de tout ce que le créancier aura pu recevoir.

Recherchons, maintenant, quels sont les cas où, dans une faillite, certains créanciers pourront, en vertu du droit de rétention, se faire une situation de faveur.

La première solution qui se présente à l'esprit est celle d'un vendeur non payé, qui est encore en possession de la chose vendue. Nous savons qu'en droit musulman la vente est parfaite par le seul accord des parties, qui a pour effet de transférer à l'acheteur

la propriété de la chose vendue ; malgré cette solution le vendeur pourra refuser de la livrer aux créanciers. Ce contrat est valable, s'il a été fait avant l'interdiction de l'acheteur ; aussi, si l'opération paraît avantageuse à ses créanciers, ceux-ci pourront exiger la livraison de l'objet en en payant le prix.

Si par suite de l'annulation d'une vente faite par le failli pour une cause antérieure à l'interdiction, les créanciers réclamaient à l'acheteur l'objet vendu, celui-ci pourrait également leur opposer le droit de rétention, s'il avait payé son prix.

Le privilège accordé à l'ouvrier sur l'objet auquel il a fourni son travail, provient bien aussi du droit de rétention ; celui-ci ne consentira, en effet, à remettre à la faillite le bien de son débiteur qu'après avoir été payé du prix de son travail ; son privilège consiste donc ainsi dans un refus légal de se dessaisir, qui aura pour effet de lui éviter la loi de concours. Si l'artisan avait livré l'objet, il sera traité comme tout autre créancier. De plus, ainsi que nous le verrons, le droit musulman n'accorde aucune situation de faveur aux ouvriers, domestiques ; aussi l'avantage de cet artisan ne provient donc pas de la qualité de sa créance.

Cependant si l'artisan, qui s'est dessaisi d'un objet, sur lequel il a exécuté un travail, avait en outre fourni une matière nouvelle, dans ce cas il ne serait pas traité comme la masse des créanciers par

rapport à cet objet. Par exemple, si au moment de la vente l'objet vaut trois et qu'avant le travail il ne valait que deux, l'artisan sera privilégié sur le tiers de la valeur ; il en est donc considéré comme copropriétaire pour un tiers, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur ajoutée par son industrie. Mais l'avantage que l'ouvrier retirera dans ce cas ne résultera pas d'un droit de rétention impossible dans l'occasion, mais de l'exercice de son droit de revendication.

Pour une raison plus difficilement explicable, le tisserand jouit du même avantage sur l'étoffe qu'il a tissée, alors même qu'il s'en est dessaisi ; le seul motif à donner, c'est qu'il faut considérer qu'il y a de sa part mise d'une valeur dans le patrimoine du failli.

Une autre situation de faveur est accordée au propriétaire d'un animal loué à un motif ; en effet, il aura le droit d'exiger le prix de la location de la bête sur la valeur des objets portés par l'animal. Ce privilège s'exercera tant que le fardeau ne sera pas remis au failli, quand bien même ce ne serait pas le propriétaire qui conduisit son animal. La solution est la même pour le prix de la location d'un navire par rapport au chargement. Il semble que nous nous trouvons ici dans une application extensive du droit de rétention.

De même par application du droit de rétention le

créancier gagiste ou le dépositaire, qui auront fait des frais pour la conservation d'un bien, pourront refuser de s'en dessaisir, tant qu'ils n'auront pas été remboursés de ces dépenses.

Les exemples d'application du droit de rétention, que nous venons de donner, montrent qu'il y toujours un rapport entre la dette du failli et l'objet sur lequel elle porte ; il faut donc qu'il y ait ce qu'on appelle *debitum cum re junctum*. Le droit musulman est d'ailleurs formel à ce sujet, et Kharchi nous dit que l'artisan ayant travaillé à plusieurs objets, mais n'en détenant plus qu'un, ne pourra exiger sur ce dernier que le paiement de ce dernier travail. De même un créancier du failli, qui se trouve être en même temps son débiteur, ne recevra, pour sa créance, qu'un dividende, tandis qu'il devra payer intégralement sa dette ; il ne se produit pas de compensation entre les deux dettes ; une semblable opération ne peut, en effet, résulter que d'une convention.

La faillite musulmane permet, en outre, aux créanciers de se faire une situation de faveur, quand ceux-ci peuvent exercer la revendication. Sidi Khelil nous dit, en effet : « En matière de faillite le créancier d'un corps certain, consistant même en espèces monnayées, pourra le revendiquer, sauf à perdre son recours sur la masse chirographaire, s'il ne le trouve pas dans les biens du failli. » Ainsi sera réglé le sort du créancier déposant, de l'acheteur,

qui a payé son prix, mais à qui l'objet vendu n'aura pas été livré.

Mais l'application de la revendication ne s'arrête pas là. En dépit du principe sus-énoncé, qui établit la vente parfaite par le seul consentement des parties, le vendeur non payé, mais dont la créance est exigible, ajoute *Minhadj at talibin*, ne sera pas assimilé aux autres créanciers par rapport au bien vendu retrouvé chez le failli et identifié. Certains auteurs veulent que le vendeur fasse valoir ce droit dans un bref délai. Cette solution, qui est celle adoptée généralement et par le droit malékite en particulier, nous semble être celle à laquelle il convient d'accorder la prééminence, car c'est celle qui se rapproche le plus de la tradition. Ce n'est, cependant, pas la solution préconisée par le droit hanéfite ; c'est ainsi que la coutume tunisienne n'accordait au vendeur non payé ni revendication de la chose, ni privilège sur le prix.

Dans le droit maléhite il faut donc admettre qu'il y a eu résolution de la vente par suite de l'inexécution par un des contractants de son obligation, qui était la contre-partie, la cause de l'obligation de l'autre. Jusqu'alors le vendeur n'était plus propriétaire de la chose vendue et ne pouvait par suite exercer par rapport à elle un droit de revendication ; si le droit musulman le lui accorde, c'est qu'il reconnaît qu'après la faillite le vendeur peut résoudre le contrat. *Le*

Minhadj at talibin est d'ailleurs formel à ce sujet (1) ; il y est dit en effet : « Le vendeur pourra en cas de faillite rompre le contrat et revendiquer la marchandise dont le prix ne lui aura pas été payé. » Ce qui prouve, en outre, que tel est bien l'esprit du droit musulman, c'est qu'il est stipulé que si le vendeur avait reçu des acomptes, il ne peut exercer sa revendication qu'autant qu'il les aura restitués.

Cependant, la législation musulmane n'accorde au vendeur ce droit qu'autant que la situation est encore identique à celle qui existait au moment de la vente. C'est ainsi qu'il ne pourra plus revendiquer sa propriété si l'objet vendu a changé de nature depuis la vente, si le failli l'a mélangé avec d'autres de même espèce. Ainsi, le vendeur perdra son action, s'il s'agissait de blé et que celui-ci ait été transformé en farine, s'il s'agissait de laine qui a été tissée depuis. La revendication cesserait également si l'huile vendue avait été mêlée à une autre, même de semblable qualité. La cause, qui met fin au droit du vendeur dans ces circonstances, c'est qu'il n'est plus possible d'identifier l'objet sur lequel il devrait porter. Cependant, dans ce cas il existe des solutions moins sévères, c'est ainsi que le *Minhadj at talibin* permet encore la revendication, si le vendeur ne

1. *Minhadj at talibin*, op cit., p. 8.

devait pas retirer un avantage dans le partage des produits mélangés.

Lorsque les marchandises ont été revendues par le failli, la revendication n'est plus possible ; le vendeur n'a donc pas de droit de suite. Mais si elles n'avaient pas disparu complètement, celui-ci pourrait encore saisir celles qui resteraient et participer dans la faillite pour la différence.

Voyons maintenant quelle influence aura sur la revendication l'augmentation ou la diminution de valeur de la chose vendue.

D'abord, dans le cas de diminution, si celle-ci provenait d'un cas fortuit, par exemple, une maison que la foudre aurait endommagée, le vendeur a un droit d'option. Il pourra demander qu'il soit compris dans la faillite pour le montant intégral de sa créance où il pourra reprendre son ancien bien, dans l'état où il se trouve, sans pouvoir rien réclamer en compensation.

Mais si la détérioration était due à un fait du failli ou d'un étranger, qui, dans ce dernier cas, aurait dû payer le montant des dommages, le vendeur pourra reprendre son bien et de plus prétendre à un dividende calculé d'après le montant des dégâts.

Mais s'il arrive que le vendeur, qui revendique **un** bien vendu non payé, puisse supporter une perte, **il** peut, dans certains cas d'accroissement, en retirer **un** avantage ; c'est ce qui se produit lorsque cet accrois-

sement est inséparable. C'est, par exemple, un esclave qui a augmenté de valeur, parce qu'il a appris un métier, une esclave qui est enceinte, un arbre qui porte des fruits. Lorsque l'accroissement portera sur un objet séparable par nature, mais inséparable par la loi, comme un jeune enfant d'une esclave, le vendeur ne pourra exercer la revendication qu'en payant la valeur de l'accroissement.

Ainsi, dans le cas d'une esclave ayant un jeune enfant, le vendeur devra payer la valeur de celui-ci, sans quoi on vendra ensemble la mère et l'enfant, et le vendeur n'obtiendra que le prix de la mère.

Lorsque le droit du vendeur non payé s'exercera sur un terrain, sur lequel le failli a fait des plantations ou des constructions, si on permet au vendeur de le reprendre dans l'état où il se trouve, il en retirera un avantage au détriment de la masse ; car les dépenses faites par le mofliss ont peut-être été soldées avec l'argent des créanciers. En tout cas, la plus-value résulte d'une valeur mise par le débiteur, sur laquelle le vendeur n'a aucun droit. On sait qu'en droit français le propriétaire doit le montant de cette plus-value. La législation musulmane ne pouvait adopter une autre solution.

Si les créanciers s'opposent à ce qu'on supprime les plantations ou les constructions pour restituer le terrain au vendeur dans son état primitif, celui-ci devra le reprendre dans l'état où il se trouve à la

charge de payer la valeur des constructions. Pour les arbres ils seront arrachés et vendus, et leur prix viendra grossir l'actif.

A propos de la revendication, il nous reste encore à connaître la solution du droit musulman sur les fruits civils ou naturels; régulièrement ceux-ci devraient revenir au vendeur, puisque la vente est résolue. Cependant les fruits perçus resteront acquis à l'acheteur, si toutefois ils n'étaient pas déjà fécondés lors de l'achat. La solution est la même pour les produits ou avantages fournis par les animaux.

Mais la situation privilégiée faite par la loi musulmane à certains créanciers de la faillite par suite d'un nantissement ou d'un droit de rétention, se transformera ordinairement en un droit de préférence, qui leur permettra d'être payés avant la masse. En effet, dans le cas, par exemple, de gage, le créancier gagiste, à moins d'une convention spéciale postérieure à l'acte constitutif, ne devient pas propriétaire de l'objet, qui lui avait été remis par son débiteur; il devra le remettre au juge, pour que celui-ci en opère la vente et le paie sur le prix; mais lui n'a pas qualité pour faire cette vente, qui serait nulle comme vente du bien d'autrui. Aussi en cas de faillite, les créanciers privilégiés se dessaisiront des objets, qu'ils détiennent en garantie de leurs droits, entre les mains du *cadi*, afin de permettre à celui-ci de les comprendre dans la vente d'ensemble

de l'actif. Mais ces créanciers ne consentiront à un semblable dessaisissement qu'avec la promesse d'être préférés sur le prix de la vente.

Les créanciers, que nous venons de passer en revue, sont les seuls, auxquels le droit musulman ait accordé une situation préférable à la masse. On voit que leur nombre est beaucoup moindre que celui de ces créanciers dans notre droit; et ainsi cette législation a su mieux que la nôtre conserver le principe de l'égalité entre les créanciers. Cependant, il y en a quelques-uns, auxquels notre droit accorde des privilèges, qu'on s'étonne de ne pas trouver dans la procédure musulmane. C'est ainsi que le bailleur d'une maison n'a aucun privilège pour le prix de son loyer sur les meubles garnissant sa maison. Cet oubli nous semble assez peu logique, car nous avons vu que le propriétaire d'un animal ou d'un navire loués à un failli était privilégié sur le prix du fardeau ou du chargement. Aussi les jurisconsultes musulmans, qui d'ailleurs ont bien remarqué ce nantissement tacite, auraient été bien inspirés de lui donner la solution qu'il comporte. Il faut cependant reconnaître que certaines coutumes ont abandonné cette thèse. Au Maroc, le bailleur d'un moulin possède pour le paiement de son loyer un privilège sur tout ce qui y est contenu. De même, en Kabylie, les meubles du locataire garantissent le propriétaire du prix des loyers.

Mais, lorsqu'il s'agit d'un bien rural, les auteurs sont d'accord pour reconnaître au bailleur le droit d'exiger le paiement du loyer de l'année en cours sur la valeur des récoltes existant encore. Cette solution isolée du droit musulman ne peut s'expliquer que par l'idée de mise d'une valeur par le propriétaire dans le patrimoine du failli et non par celle d'un nantissement tacite.

Dans notre droit la femme mariée est un créancier privilégié qui occupe une place importante, puisque le recouvrement de ses créances peut absorber l'actif de la faillite ; or en droit musulman celle-ci est traitée pour ses créances envers son mari sur le même pied d'égalité que tous les autres créanciers, et cependant celui-ci a pu profiter de son influence pour la dépouiller à son profit. Malgré cela le droit musulman n'a pas cru devoir prendre des mesures de précaution à son égard ; peut-être est-il ainsi plus près de la justice. On sait, en effet, que les avantages, accordés par notre droit français à la femme mariée, sont très discutés ; on leur reproche de lui permettre d'absorber, souvent, le plus clair de l'actif de son mari et de fruster ainsi d'autres créanciers tout aussi intéressants qu'elle.

Cette omission du droit musulman est d'ailleurs facilement explicable. Il faut d'abord reconnaître que pour les Arabes, la femme n'est jamais considérée comme l'égale de l'homme. Mais ensuite par le

mariage, il ne se forme pas d'association d'intérêts entre les époux ; il y a séparation complète entre la fortune de la femme et celle du mari. Celle-ci gère elle-même ses biens en toute indépendance ; le seul pouvoir, qu'il ait sur sa fortune, est de lui interdire de cautionner d'autres personnes que lui pour plus des deux tiers de ses biens. Sauf cette restriction, il n'exerce aucune tutelle sur elle ; aussi peut-elle vendre, acheter ou donner sans aucune autorisation de sa part. La dépendance de la femme envers son mari, l'immixtion de celui-ci dans l'administration de son patrimoine n'existant pas, le droit musulman n'avait pas de raison pour prendre à son égard des mesures de précaution comme notre droit civil.

Cependant, par suite de la vie en commun, des relations d'intérêts devaient se former entre eux, et le droit musulman avait à s'occuper de leur règlement en cas de faillite du mari.

La première question, que cette législation devait régler, était le paiement du reliquat de la dot, dont le mari est généralement débiteur durant le mariage. Or, cette dette du mari, étant à terme, devient exigible par suite de la faillite ; la femme aura donc le droit de demander qu'elle soit comprise dans la masse ; mais elle n'obtiendra pour sa créance qu'un dividende. On sait que la partie de la dot, fournie par le mari à sa femme avant le mariage, est destinée à ses plaisirs personnels, puisque durant la vie com-

mune le mari doit subvenir à tous ses autres besoins ; quant au reliquat, on peut le considérer comme un gain de survie. Dans ces conditions, il nous semble que le droit musulman n'avait pas à rechercher à sauver la dot de la femme comme notre droit français, dans lequel la dot est apportée par celle-ci pour subvenir aux besoins du ménage.

En outre, la femme peut avoir beaucoup d'autres créances envers son mari. Si, par exemple, celui-ci ne lui fournit pas sa nafaka ou pension alimentaire, elle pourra demander sa participation à la faillite pour tout ce qu'elle a pu dépenser sur sa fortune personnelle pour subvenir à ses besoins. Il en serait de même pour les dépenses, qu'elle aurait faites pour son mari, si elle ignorait son indigence et qu'elle n'ait pas voulu lui faire une charité. Mais si elle a subvenu à l'entretien de ses enfants, ces frais resteront exclusivement à sa charge ; la raison de cette solution, c'est que les enfants sont communs.

Enfin, la femme aura pu faire des prêts à son mari, elle aura pu le cautionner et être obligée de payer à sa place ; dans ces cas, la femme pourra encore demander que ses créances soient comprises dans le passif, mais comme tout créancier elle devra prouver la véracité de ses prétentions.

Mais les biens de la femme seront généralement dans la maison de son mari ; aussi, les créanciers, présumant que tout ce qui s'y trouve appartient à

leur débiteur, pourraient prétendre s'en saisir. La femme, pour s'y opposer, devra alors faire valoir ses titres ; elle se servira pour cela de l'inventaire fait au moment du mariage. Mais, pour certains biens, la loi musulmane a établi une présomption de propriété en faveur de la femme. C'est ainsi que les meubles, qu'on trouvera dans la chambre réservée à la femme, seront censés lui appartenir ; il en sera de même de tous les objets destinés à l'usage des femmes, comme leurs habits et leurs bijoux.

Les avantages, que nous avons vu accorder par la loi musulmane aux créanciers d'une faillite pour paiement de leurs services, concernaient des artisans, des gens travaillant à la tâche. Quant aux domestiques ou employés, cette législation ne leur octroie aucun privilège pour leurs gages. Il n'y a d'exception que pour le berger, auquel il est reconnu un droit de rétention sur le troupeau, lorsque celui-ci passe la nuit dans son étable et non dans celle du maître. La situation de ces petits créanciers aurait dû mériter plus d'intérêt de la part des législateurs. On peut donner plusieurs raisons de ce qui nous semble une omission. D'abord, nous avons vu que le droit musulman n'accorde pas de droit de préférence à une créance par suite de sa qualité, mais que celui-ci résulte toujours d'un nantissement, d'un droit de rétention ; or, les créanciers qui nous intéressent n'avaient pas à invoquer de semblables droits. Mais

la raison peut être principale, c'est que ces créanciers ne pouvaient attirer l'attention des législateurs arabes, car chez eux le salariat est peu pratiqué et les domestiques sont et étaient surtout autrefois des esclaves, auxquels il n'était dû aucune rétribution pour prix de leurs services. Lorsque le droit musulman s'occupe du louage de travail, il n'a en vue que l'ouvrier travaillant généralement chez lui et à façon ; or, par suite de son indépendance, celui-ci n'avait pas autant besoin d'être protégé par la loi.

Parmi les créances privilégiées nous trouvons encore en droit français, et en premier lieu les frais de justice ; le droit musulman n'avait pas à privilégier de semblables créances, car elles n'existent pas. En effet, d'après la vraie tradition, la justice est gratuite ; il en est bien ainsi chez nous, et les frais judiciaires consistent en rétributions d'auxiliaires du juge ; mais dans la législation musulmane, ceux-ci, dont le rôle est d'ailleurs peu important par suite de la simplicité de la procédure, ne doivent pas être payés par les justiciables. Comme le cadi, ces agents judiciaires, qui consistent en greffiers, enquêteurs, sont payés par le gouvernement, qui prélèvera leur traitement sur le *beit el mal* ou trésor public ; il leur est même défendu de recevoir des présents, c'est pourquoi on ne choisira pour remplir ces fonctions que des personnes réputées pour leur probité. Précisément dans le but d'éviter que la faillite n'entraîne

ainsi des frais, les jurisconsultes musulmans ont voulu que cette voie d'exécution soit très simple et très rapide; aussi, avons-nous vu que les biens, qui pourraient nécessiter des dépenses d'entretien, devaient être vendus dans les trois jours après la déclaration de faillite; et cette vente, ainsi que la distribution des dividendes, est faite par le cadi lui-même ou son remplaçant. Si les législations musulmanes modernes ont un peu délaissé cette tradition, elle est encore complètement en usage au Maroc, où l'ancien rite malékite est appliqué dans toute sa pureté.

Quant aux frais occasionnés par l'emprisonnement du débiteur, nous savons qu'ils sont à la charge des créanciers qui ont requis cette mesure; cependant, si le débiteur était solvable, ceux-ci auraient le droit de lui demander le remboursement de cette dépense.

Il résulte de cette étude concernant les créanciers, que la loi musulmane ne soumet pas à la loi de concours, que leur nombre est peu important; ainsi, cette législation respecterait bien mieux que la nôtre le principe de l'égalité entre les créanciers.

Mais, quels sont les principes qui ont été suivis par les auteurs musulmans pour déterminer les créanciers qu'il y avait lieu de faire entrer dans cette catégorie? On peut affirmer que les avantages accordés à ces créanciers n'ont pas été établis en considération de leur personne, soit à cause de leur état de faiblesse,

soit à cause de leur état de dépendance. En effet, les créances d'un pupille ou d'une femme mariée seront réglées comme celles des créanciers ordinaires. Les privilèges du droit musulman procèdent tous, soit d'un droit de rétention, comme pour l'artisan, soit d'un nantissement formel ou tacite, soit enfin de l'idée de mise d'un bien dans le patrimoine du failli, comme pour le vendeur non payé.

Il n'existe pas en droit musulman de privilèges par suite d'une qualité de la créance et portant sur l'ensemble des biens du failli, comme chez nous, pour les créances d'aliments, pour les frais de dernière maladie. Cependant, d'après M. Van der Berg (1), la loi reconnaît comme dettes privilégiées le prix du sang et les frais funéraires; or, dans ces cas, nous nous trouverions bien en présence de véritables privilèges existant par suite de la qualité de la créance et s'exécutant sur le patrimoine entier.

Mais parmi les créanciers privilégiés un conflit peut naître entre eux; car la loi peut accorder sur un même objet des avantages à plusieurs créanciers, dont les droits sont de nature différente. Bien que Sidi-Khelil nous ait donné quelques exemples où il tranche de semblables problèmes, on ne peut cependant en dégager en principe, car cet auteur s'est seulement contenté de nous rapporter des solutions

1. Van der Berg, *op. cit.*, p. 178.

d'espèces. Lorsqu'un créancier revendant un corps certain, par exemple, un vendeur non payé, se trouvera en opposition avec un créancier gagiste, il ne pourra obtenir son bien qu'en désintéressant ce dernier. Il demandera dès lors sa participation à la faillite pour le montant de la somme versée pour dégager son bien. Mais cette solution n'est pas en accord avec celle que donne plus loin le même auteur au sujet de la récolte d'une propriété rurale. Quand le locataire d'une terre, qu'il a ensemencée, est déclaré en faillite, on doit payer le créancier propriétaire avant tout autre créancier sur la récolte présente, puis viennent par ordre de préférence, s'il existe un reliquat, le colon, puis celui qui aurait accepté cette récolte en nantissement. Notons qu'en cas de mort les deux premiers créanciers sus-énoncés n'auraient aucune prérogative, et que le créancier gagiste pourra seul faire prévaloir son droit de préférence.

CHAPITRE X

CONCLUSION

L'étude, à laquelle nous venons de procéder au sujet de la faillite en droit musulman, nous permet de dire que nous nous trouvons en présence d'une mesure d'exécution universelle, qui est tout à fait complète. Sans doute, nos législations modernes lui sont supérieures par de nombreuses mesures de détail; mais il faut reconnaître que la *tefliss* a su respecter tous les principes généraux que l'on doit trouver dans une semblable institution.

M. Thaller (1) nous dit qu'« une bonne organisation de la faillite doit avoir pour but de protéger les créanciers chirographaires, de maintenir entre eux tous l'égalité la plus scrupuleuse et d'empêcher les plus habiles ou les plus diligents de se faire un sort de faveur, tandis qu'elle n'a pas à venir en aide aux créanciers ayant pris des garanties ». Après

1. Thaller, *la Faillite en droit comparé*, t. II, p. 2.

cette étude, nous pouvons dire que la faillite du droit musulman satisfait bien aux conditions nécessaires à une bonne organisation, à une bonne législation de la faillite.

En premier lieu, la *tefliss* applique cette règle fondamentale que les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers ; c'est là le principe générateur de toute voie d'exécution sur les biens. En effet, ordinairement celui qui a consenti à devenir créancier, n'a agi ainsi que parce qu'il connaissait à son débiteur des biens qu'il estimait devoir répondre de ses dettes. Par le seul fait de l'obligation chaque créancier acquiert donc, sur le patrimoine entier de son obligé, un droit de gage tacite qui n'est limité que par l'existence de semblables droits chez d'autres créanciers.

Or, lorsque par suite d'une décision judiciaire, précaution à laquelle le droit musulman n'a pas failli, il a été reconnu que ce gage était insuffisant pour satisfaire intégralement tous les créanciers, il devenait équitable, puisque tous avaient des droits égaux, que chacun supportât proportionnellement à sa créance une partie de la perte. Ce principe, qui n'a pas été respecté par toutes les législations, n'a pas été violé par la législation musulmane ; par suite de la déclaration judiciaire d'insolvabilité toutes les dettes du débiteur vont se trouver réunies en une seule, ayant comme garantie son patrimoine entier. Ainsi, chaque créancier voit donc sa créance parti-

culière transformée en une quote-part de la créance générale ; et, de même que dans notre droit commercial, la faillite a ainsi pour effet de former entre les créanciers une association. Cependant, l'objet de celle-ci n'est pas aussi étendu que dans notre droit, où ses membres ont tout pouvoir sur les biens qui en constituent l'actif; cela tient à la nature de cette institution.

Mais comme tous les biens du failli ont été saisis au profit de cette association, les créanciers, qui n'avaient pas encore demandé à leur débiteur l'exécution de leurs obligations, ne pourront plus le faire. Leurs droits consisteront dès lors à réclamer qu'ils soient compris dans le passif de la faillite, ce que chaque membre pourra contester. Ainsi, de même que notre institution commerciale, la tefliss aura pour effet de mettre fin aux poursuites individuelles.

Dans nos législations modernes, la procédure de la faillite ne se termine pas toujours par le partage entre les créanciers du produit de la vente des biens de leur débiteur, il arrive le plus souvent qu'elle se clôture à la suite d'un concordat. Par suite de ce bénéfice, qui consiste à accorder au débiteur une remise partielle de ses dettes ou tout au moins à prolonger leur échéance, le failli, remis à la tête de son actif, pourra ainsi continuer ses opérations et payer ses créanciers. Mais il n'en est pas ainsi en droit musulman ; et si les créanciers ou le juge lui-

même n'ont pas accordé de délai de grâce au débiteur avant la déclaration de faillite, celle-ci, une fois prononcée, ne peut se terminer que par l'union des créanciers. Cette différence entre ces législations s'explique par ce fait que, tandis que dans nos droits modernes la faillite cherche surtout à être une mesure de protection des droits des créanciers, à sauvegarder leur gage, en droit musulman, elle n'est qu'une mesure d'exécution ; c'est pourquoi elle n'accorde pas à la masse des pouvoirs aussi larges sur l'actif. Ce caractère de la faillite musulmane nous explique pourquoi le créancier à terme ou conditionnel ne peut faire déclarer mofliss son débiteur ; c'est qu'un semblable créancier a un titre qui ne lui permet pas encore de demander l'exécution de sa créance.

Lorsque l'enquête, à laquelle a donné lieu la requête des créanciers afin de faire déclarer en faillite leur débiteur, a établi que celui-ci ne possédait absolument rien ; comme les poursuites seraient inutiles, la procédure de la faillite est alors suspendue ; en effet, on n'a plus à craindre que le débiteur cherche à frustrer ses créanciers. Cette solution du droit musulman ressemble donc à notre clôture de faillite pour insuffisance d'actif.

Les divers caractères généraux, que nous avons reconnus à la tefliss, nous rappellent la procédure de la *distractio bonorum* du Bas-Empire. Dans son rapprochement entre ces deux voies d'exécution,

M. Morand (1) nous fait, en effet, remarquer qu'elles opèrent de la même façon, saisie en bloc du patrimoine du débiteur, vente au détail des biens et répartition du prix entre les créanciers au prorata de leurs créances. Mais, doit-on conclure de cette ressemblance, et du fait que l'une de ces institutions est postérieure à l'autre, que le droit musulman n'a fait en cette matière que reproduire la procédure romaine ? Cette thèse est soutenue par de nombreux auteurs, et en particulier par M. Thaller (2).

Pour cet auteur, seules, les législations qui ont pratiqué jadis l'exécution des obligations sur la personne même du débiteur, par suite de l'équivalence qui s'établissait entre l'individu et son patrimoine, ont pu donner naissance à une semblable exécution générale sur les biens. Mais quand l'exécution sur la personne n'aboutit pas à l'anéantissement de la personnalité civile du débiteur, lorsqu'elle n'est qu'une prise, de gage dans le but de permettre au créancier de se payer par le travail de son débiteur, seule, la procédure particulière de la saisie pouvait résulter d'un semblable régime.

Or, comme pour cet auteur, c'est cette dernière conception qui se dégage de la lecture du Coran, il n'y a aucun doute possible que la faillite musulmane

1. Morand, *op cit.*, p. 200.

2. Thaller, *op. cit.*, t. I, p. 45 et suivantes.

est un emprunt du droit romain. Cet emprunt s'explique par les rapports qui auraient existé entre Rome et les Arabes au moyen âge ; à cette époque ceux-ci auraient connu le droit romain, qui de plus était encore suivi en Asie du temps des califes, quand ceux-ci s'y installèrent.

Peut-être pourrait-on faire remarquer que les exemples choisis par M. Thaller à l'appui de sa thèse, et où l'on voit les créanciers faire travailler son débiteur à son profit, ont été pris dans certaines coutumes, comme celles de Kabylie, qui suivent plus ou moins fidèlement la vraie tradition islamique. Quant aux rites malékite et hanéfite, ils sont formels pour interdire une semblable pratique.

Cependant si l'on en croit M. Seignette (1) les Arabes auraient, dans les temps antéislamiques, vendu comme esclaves leurs débiteurs ; cette pratique n'aurait cessé que grâce à Mahomet, qui l'aurait combattue dans un verset du Coran. Mais comme cette voie d'exécution du droit antéislamique devait être insuffisante à donner satisfaction aux créanciers, il est probable qu'il leur permettait également de se payer sur les biens de leur débiteur. Aussi Mahomet, qui souvent ne fit que suivre la législation antérieure, se borna-t-il à ne conserver que cette voie d'exécution. On trouverait donc ainsi

1. Seignette. *op. cit.* Introduction, p. 28.

dans le droit musulman une nouvelle preuve à l'appui de la thèse de M. Thaller, que nous avons énoncée ; laquelle reconnaît que la faillite n'a pu résulter que d'une exécution sur la personne. Malheureusement l'ignorance presque complète du droit antéislamique ne nous autorise à faire que des suppositions.

Dans son étude sur la faillite M. Morand se refuse également à admettre que la faillite musulmane soit un emprunt du droit romain ; cependant cet auteur reconnaît que le droit musulman s'est inspiré de la législation de Rome pour quelques matières, comme la prescription. En effet, nous dit M. Morand, si la faillite musulmane provenait de la *distractio bonorum*, il serait inadmissible que les jurisconsultes musulmans ne lui aient pas emprunté également la théorie de l'action paulienne, dont l'importance est primordiale en cette matière. Cette objection nous semble, en effet, tout à fait sérieuse. Certes, nous avons vu que les créanciers pouvaient demander la nullité de certains actes accomplis par leur débiteur ; mais ces interdictions, d'ailleurs peu nombreuses, ne répondent pas à la même idée que celle qui a donné naissance à Rome à l'action paulienne. Il nous semble que lorsque les jurisconsultes musulmans ont permis aux créanciers de faire annuler certains actes antérieurs à la faillite, leur but était d'éviter que certains créanciers, mieux informés sur la situation de leur débiteur, cherchassent

à se procurer une situation de faveur, qui aurait rompu le principe d'égalité qui doit exister entre tous les créanciers chirographaires d'un insolvable. S'ils ont également défendu à ce dernier de faire des libéralités, c'est qu'ils ont estimé que celles-ci n'étaient possibles que de la part d'un individu libre de toutes dettes.

D'autre part, les conditions d'exercice de ces demandes en nullité ne rappellent en rien celles de l'action paulienne. Les créanciers n'ont pas à établir que leur débiteur savait qu'il s'appauvrissait, en faisant ces actes ; il suffit qu'il soit prouvé qu'au moment de leur formation le débiteur était déjà en état d'insolvabilité. On ne s'inquiètera pas davantage de savoir si l'autre partie était complice de la fraude commise à l'égard des créanciers.

Mais n'est-il pas permis de supposer que les auteurs, qui veulent ainsi rattacher la procédure de la tefliss à la *distractio bonorum*, n'aient été, à leur insu, victimes de cette légende, aujourd'hui détruite, que le droit musulman n'était qu'une copie, souvent peu heureuse, du droit romain. De plus, la forte empreinte laissée par la législation romaine dans toutes les législations des peuples de l'Occident, surtout dans la matière des obligations, nous prédispose à penser qu'il a dû en être de même pour tous les pays, avec qui Rome a été en relations. A notre avis, la ressemblance, que nous avons relevée, n'est

due qu'au développement rationnel des obligations. En effet, on a remarqué que chez des peuples très différents, éloignés les uns des autres, certaines situations ont toujours été solutionnées de la même façon. Et comme nous dit M. Houdas (1) : « Certes, il y a de nombreux points communs entre le droit romain et le droit musulman, mais il serait étrange qu'il en fut autrement, et l'on ne conçoit pas bien qu'un contrat de vente ne donnât « lieu à nombre de dispositions identiques en quelque lieu qu'il soit pratiqué et quelle que soit la race ou la religion des contractants ».

Quand l'économie urbaine eut remplacé l'économie domestique, les créanciers, qui faisaient crédit à leurs débiteurs, n'ignoraient pas que les biens de ces derniers répondraient de leurs obligations. Aussi, lorsque les jurisconsultes musulmans eurent à réglementer cette situation, il leur parut naturel que, si plusieurs créanciers avaient des droits semblables, ils fussent traités sur le même pied d'égalité. En appliquant ce principe de l'égalité des créanciers, les législateurs suivaient les préceptes fondamentaux de la doctrine de Mahomet, qui ne cessa de déclarer que tous les hommes avaient des droits égaux.

1. *Revue asiatique*, année 1899, mars, p. 374. Notice sur la traduction de la balance de la loi musulmane de Charani, par Perron.

Ce principe de l'égalité entre les créanciers est très ancien ; il trouva d'abord son application en cas de saisie particulière. Les auteurs arabes nous rapportent, en effet, que dans l'ancien droit, lorsqu'un créancier avait demandé la saisie d'un bien de son débiteur, ses autres créanciers pouvaient faire opposition à ce que ce bien fut alloué exclusivement au premier saisissant ; celui-ci était alors partagé entre tous ceux qui s'étaient interposés. Aussi, quand dans un but de simplification l'exécution porta sur tous les biens du débiteur, il était naturel d'appliquer le même principe.

Nous avons vu qu'en cas de clôture de la faillite, les créanciers, qui se présentent après la répartition des dividendes, conservent néanmoins leurs droits et peuvent demander leur part à ceux qui ont participé à la liquidation. Cette solution, qui ne se retrouve pas dans les autres législations, fait ressortir nettement que l'égalité entre les créanciers est une règle fondamentale de la législation musulmane.

CHAPITRE XI

ROLE ÉCONOMIQUE DE LA FAILLITE

Les institutions juridiques d'un peuple ne sont que le reflet de sa civilisation ; celles-ci naîtront et se perfectionneront selon que cette civilisation sera plus ou moins développée, que les besoins seront plus ou moins nombreux. Ainsi, convient-il de relever dans la formation des institutions juridiques le rôle prépondérant du facteur économique.

Si nous recherchons dans quelles conditions économiques les peuples ont eu recours à une voie d'exécution portant sur tous les biens des débiteurs, nous remarquons que tous étaient dans une période de commerce très prospère. Tel fut le cas de Rome, puis des républiques italiennes, et enfin de notre pays au xvii^e siècle. Ainsi, l'on peut affirmer que la faillite est une institution indispensable pour un peuple qui se livre au commerce. En effet, les opérations commerciales ne peuvent prendre une grande extension qu'avec le crédit ; il faut que le commer-

çant, qui, généralement, n'a pas grande fortune, puisse trouver des capitaux. Mais cela ne lui sera facile que si les prêteurs trouvent dans la législation une mesure qui leur assure la sécurité de leur argent. Il faut que, lorsque leur débiteur sera dans l'impossibilité de faire face à tous ses engagements, ils aient une procédure rapide, qui leur permettra de rentrer dans leurs fonds dans la mesure du possible, qu'ils ne se voient pas préférer d'autres créanciers ayant les mêmes droits qu'eux. Or, tel est le but que se propose la faillite. Pourquoi donc ce qui était un besoin chez d'autres peuples ne l'aurait-il pas été pour les Arabes, qui, depuis des temps très reculés, se livraient à un commerce qui s'étendait sur de nombreux pays.

Les historiens modernes, pour qui l'économie politique est l'explication de nombreux faits, ont su nous faire un tableau exact de la civilisation des Arabes, de la vie et des mœurs de ce peuple. Cependant, leur tâche était difficile, car les historiens arabes ne leur étaient pas d'un grand secours. Ces derniers, en effet, à l'exception d'Ibn-Khaldoun, ne font que s'étendre avec complaisance sur les exploits prodigieux de Mahomet, des khalifes et de leurs grands généraux.

De tout temps, les Arabes, et ensuite tous les peuples musulmans, ont été divisés en deux groupes très distincts : les nomades et les citadins ; ce sont

ces derniers qui se livrèrent au commerce. L'Arabie, pays au sol peu fertile, ne pouvait suffire aux besoins de ses habitants, qui étaient ainsi obligés d'aller chercher ailleurs ce que leur pays était incapable de leur fournir; aussi, le commerce fut pour les Arabes une nécessité sociale, car il leur procurait l'argent dont ils avaient besoin pour se procurer les produits étrangers. De véritables entreprises commerciales s'organisèrent, qui envoyaient des caravanes dans des pays fort éloignés, la Syrie, la Mésopotamie, l'Iraq, l'Égypte. On sait que Mahomet, avant de prêcher sa doctrine, fut ainsi chef de caravane pour le compte d'une riche veuve, Khadidja, qu'il devait plus tard épouser. Mais bientôt ces caravanes devinrent plus nombreuses et plus importantes; et les Arabes arrivèrent à servir d'intermédiaires entre l'Europe et l'Asie. L'Arabie, avec ses villes de Yathrib et de Taïf, devint ainsi un grand entrepôt commercial; mais, c'est La Mecque, qui fut surtout le centre des transactions, et cela bien avant l'islamisme. Depuis longtemps, la Kaaba était le motif de pèlerinages renommés, attirant des fidèles des pays les plus reculés de la péninsule; les habitants de La Mecque, en gens très avisés, établirent des marchés qui coïncidaient avec ces pèlerinages; et bientôt ces marchés, qui duraient plusieurs semaines, furent les mieux approvisionnés.

On le voit, les Arabes furent ainsi un peuple de

commerçants très importants. Mais leur commerce n'arriva à être aussi prospère que grâce au crédit ; les chefs de caravanes n'étaient pas suffisamment riches pour pouvoir entreprendre avec leurs seules ressources de pareilles entreprises. Comment se procuraient-ils donc l'argent qui leur était nécessaire ? Quelques-uns étaient commandités et partageaient les bénéfices avec leurs bailleurs de fonds ; mais le plus souvent cette commandite était un acte de libéralité de la part des gens aisés. Si les commerçants trouvaient aussi facilement des capitaux, c'est que le prêt est une œuvre pie ; celui qui aura ainsi rendu service à un de ses coreligionnaires, sera récompensé par Dieu. Cependant, malgré cette récompense future, il était nécessaire que les créanciers ne fussent pas complètement sacrifiés quand l'opération aurait été malheureuse, souvent à la suite d'un pillage ; aussi, pour permettre aux créanciers de se payer sur ce qui avait pu être sauvé, la loi musulmane mit-elle à leur service cette institution de la faillite, pour laquelle nous avons pu dire qu'elle répondait à tous les besoins de la situation. Nous comprenons maintenant pourquoi cette voie d'exécution, dans laquelle nous retrouvons tous les éléments indispensables de nos procédures modernes, est une œuvre originale de la législation musulmane.

APPENDICE

La procédure, que nous venons d'étudier, s'appelle en arabe *tefliss* ou encore *falas*. Le sens de ces deux termes n'est cependant pas tout à fait identique ; en effet, *tefliss*, qui est le *masdar* de la deuxième forme du verbe *falasa*, signifie exactement l'action de faire déclarer un individu dans l'état de *falas*, état indiquant que son actif est notoirement inférieur à son passif. Dans sa traduction de la *Tohfât*, M. Houdas (1), au sujet de la définition de *tefliss* par Ibn-Arfa, prétend que cet auteur « définissant non pas à proprement parler la déconfiture (*falas*), mais la déclaration d'insolvabilité (*tefliss*), dit que c'est l'acte par lequel le magistrat prononce le dessaisissement du débiteur au profit de ses créanciers, quand celui-ci ne peut satisfaire à ses obligations ».

D'après le même auteur, ce terme signifierait, en outre, que les créanciers « réclamaient en vain le paiement de ce qui leur est dû, mais sans s'être encore adressés au juge ».

Quel sera donc le terme qui, dans notre droit, serait le plus propre à traduire cette situation ? Or, tous les auteurs qui s'en sont occupé, lui ont donné un nom différent. Certains

1. *Tohfât*, trad. Houdas, note 1338.

ont traduit *tefliss* par faillite (M. Morand), d'autres par déconfiture (M. Houdas), d'autres enfin par insolvabilité judiciairement déclarée (MM. Zeys et Amar). Certes, cette dernière expression serait celle qui traduirait le mieux le mot arabe *tefliss*, mais elle présente certains inconvénients ; c'est d'abord d'être un peu longue, mais ensuite et surtout elle ne montre pas clairement, par comparaison avec notre droit, à quelle situation nous avons affaire. Aussi, pour ces raisons, préférerions-nous celles de déconfiture ou de faillite.

Contre l'emploi de ce dernier terme, M. Zeys (1) fournit deux raisons qu'il juge décisives. Cet auteur fait remarquer, avec raison, que la faillite n'implique pas nécessairement l'insolvabilité, mais seulement que le commerçant est, peut-être momentanément, incapable de faire face à ses engagements, tandis que, dit-il, « le *mofliss* est un homme qui n'a rien ».

Cependant, le *mofliss* n'est pas dans un dénument aussi complet, puisque le droit musulman s'occupe de savoir comment il faudra répartir le produit de la vente de ses biens. D'autre part, ne voyons-nous pas dans notre droit commercial des faillites se clôturer pour insuffisance d'actif. Enfin, si quelquefois des commerçants solvables sont déclarés en faillite par le seul fait qu'ils ont été obligés d'interrompre leurs paiements, cela tient à ce qu'il a bien fallu déterminer un point de départ de la faillite, qui puisse être fixé d'une façon très précise et supprimant toute équivoque. Ainsi,

1. Zeys, *Précis de droit musulman*, t. I, p. 99.

en résumé, dans les deux cas, la situation est bien ordinairement la même.

Contre l'emploi de faillite, M. Zeys donne un autre motif, peut-être plus convaincant. En effet, dit cet auteur, la faillite s'applique chez nous seulement aux commerçants ; et, d'autre part, elle donne lieu à une procédure spéciale, se déroulant devant une juridiction d'exception. Or, il n'en est pas ainsi en droit musulman, où tout musulman, qu'il soit commerçant ou non, sera déclaré judiciairement insolvable. De plus, les créanciers convoqueront leur débiteur devant le juge ordinaire, qui procédera à l'instruction de cette affaire et rendra son jugement comme pour toutes les autres causes.

D'autres auteurs, avons-nous dit, ont traduit le mot *falas* par déconfiture, mais ce choix ne nous semble pas très heureux. Car ainsi que le fait remarquer M. Amar (1), ce mot ne s'applique chez nous qu'à un non commerçant, s'opposant à la faillite exclusivement commerciale. Mais ce ne serait certes pas là un grave reproche à faire contre l'emploi de ce terme, si la déconfiture n'avait pas le grand tort d'être à peu près inexistante dans notre Code, qui n'en cite que de rares applications et qui ne l'a pas réglementée, tandis que la *tefliss* est une procédure parfaitement constituée. De plus, la déconfiture est un état de fait, qui s'établit par des saisies restées infructueuses ; elle implique donc une insolvabilité complète, or, telle n'est pas généralement la situation du *mouss*.

Aussi, malgré tous les motifs invoqués contre la traduction

1. Amar, *Archives marocaines*, vol. XIII, p. 184.

de tefliss par faillite et que nous estimons peu convaincants, avons-nous admis que le choix de ce dernier terme était encore préférable. En effet, dans ces deux procédures, la situation est la même ; nous nous trouvons en présence d'un débiteur, contre lequel son créancier a obtenu un jugement reconnaissant son insolvabilité, et qui est dessaisi de tous ses biens au profit de son créancier qui les fera vendre pour se payer sur le prix.

BIBLIOGRAPHIE

- AL KNARCHI (Mouhammad). — Commentaire du Mouktaçar de Khalil, glose marginale d'Al Adawi.
- AL WANCHARISI. — La Pierre de touche des Fetwas. Traduction Amar (Archives marocaines, 1909, vol. XIII).
- ARIN (F.). — Recherches historiques sur l'usure et les opérations aléatoires. Thèse de Paris, 1909.
Archives marocaines.
- BOMPARD. — Législation de la Tunisie.
- BUCHER. — Études d'histoire et d'économie politique. Trad. Hansay.
- CADOZ. — Initiation à la science du droit musulman.
- CAUSSIN DE PERCEVAL. — Essai sur l'histoire des Arabes.
- CHARANI. — Balance de la loi musulmane. Trad. Perron.
- DE ROUX. — Effets de l'insolvabilité civile en droit romain et en droit français. Thèse de Poitiers, 1903.
- D'OHSSON (Mouradja). — Tableau général de l'empire ottoman.
- DOZY. — Essai sur l'histoire de l'islamisme.
- DURIEÛ DE LEYRITZ. — La Contrainte par corps en droit musulman (Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence, années 1894, 1895 et 1896).
- EBN-ACEM. — Tohfât el Houkkam. Trad. Houdas et Martel.

EL BOKHARI. — Les Traditions islamiques. Trad. Houdas et Marçais.

GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain.

GIRAULT. — Colonisation et législation coloniale, t. III.

GUILLON (A.). — Essai historique sur la législation française des faillites et banqueroutes. Thèse de Rennes, 1903.

KHALIL. — Code musulman. Trad. Seignette.

KHALIL-IBN-ISHAQ. — Précis de jurisprudence musulmane. Trad. Perron.

LAMBERT (E.). — La Fonction du droit civil comparé.

LARCHER (E.). — Traité élémentaire de législation algérienne.

LE BON (D^r). — La Civilisation des Arabes.

MILLIOT (L.). — Étude sur la condition de la femme musulmane du Maghreb. Thèse de Paris, 1910.

MILLIOT (L.). — L'Association agricole chez les musulmans. Thèse de Paris, 1911.

NAUPHAL (DE). — Système législatif musulman.

NORÈS (E.). — Codification du droit musulman (Rev. algér. et tunis. de législ. et de jurisp., années 1903 à 1908).

PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil.

QORAN (LE). — Traduction La Beaume.

QUERRY. — Le Droit musulman selon le rite chiite.

Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence.

Revue asiatique.

SANTILLANA. — Avant-projet du Code civil et commercial tunisien.

SAWAS-PACHA. — Étude sur la théorie du droit musulman.

SNOUCK-HURGRONJE. — Le Droit musulman (Revue de l'histoire des religions, 1898).

THALLER. — La Faillite en droit comparé.

— Traité élémentaire de droit commercial.

VAN DEN BERG. — Principes de droit musulman selon les rites d'Abou-Hanifah et de Chafi. Trad. France

de Tersant (Revue algér. et tunis. de législat. et de
jurisp., 1891 à 1896).

ZEYS (E.). — Traité élémentaire de droit musulman.

ZEYS (P.). — Code annoté de la Tunisie.

Vu : le Président de la thèse

LESEUR

Vu : le Doyen,

CAUWES

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
Caractères généraux du droit musulman. — Étude historique de l'exécution des obligations. — Inté- rêt actuel d'une étude de la faillite en droit musulman.	
CHAPITRE PREMIER. — De la contrainte par corps.....	15
Causes mettant fin à la détention. — Son régime. — Caractère de la contrainte en droit musul- man.	
CHAPITRE II. — De l'état qui précède la déclaration de faillite.....	25
Actes interdits à l'insolvable, leur but. — Droits dont l'insolvable conserve l'exercice.	
CHAPITRE III. — Conditions d'ouverture de la faillite..	33
Nécessité d'une déclaration judiciaire. — Requête des créanciers, qualité de leurs créances. — Carac- tère obligatoire de la déclaration par le juge. — De la faillite demandée par le débiteur. — Ses conditions dans les législations musulmanes mo- dernes.	
CHAPITRE IV. — Effets de la faillite.....	43
Interdiction du failli. — Caractère de la nullité de ses actes. — De l'exercice des droits attachés à la personne. — L'interdiction résulte-t-elle de plein droit du jugement de déclaration de faillite ? — Désaccord entre les différents rites. — Publi- cation de l'interdiction.	
CHAPITRE V. — De l'actif de la faillite.....	55

Sa composition. — Sort des biens mobiliers dont le failli est détenteur.	
CHAPITRE VI. — Du passif de la faillite.....	61
Des créances à terme. — Qualités des créances composant le passif.	
CHAPITRE VII. — De la vente des biens du failli.....	67
Son caractère obligatoire. Ses conditions et son caractère judiciaire. — Vente en premier lieu du mobilier.	
CHAPITRE VIII. — De la répartition de l'actif de la faillite entre les créanciers.....	73
Du secours à accorder au failli. — Répartition immédiate et par dividendes du produit des ventes. — Des créances en nature. — Des créanciers retardataires. — Remise des titres.	
CHAPITRE IX. — Des créanciers privilégiés.....	81
Des créanciers gagistes. — Du droit de rétention, ses applications. — De la revendication, ses conditions. — De l'accroissement. — Du droit de préférence. — Des droits du bailleur d'immeuble. — Des créances de la femme mariée, des domestiques. — Des frais de justice. — Caractères des créances privilégiées.	
CHAPITRE X. — Conclusion.....	101
Des divers caractères de la faillite musulmane et des principes généraux qu'elle met en application. Question de l'emprunt par le droit musulman de la faillite au droit romain.	
CHAPITRE XI. — Rôle économique de la faillite.....	111
Sa nécessité chez les Arabes, peuple de commerçants.	
APPENDICE.....	115
De la discussion sur différents termes français employés pour traduire le mot <i>tefliss</i> .	

